

Universidade de Brasília (UnB)

Faculdade de Direito

ANDERSON CARDOSO RUBIN

**A CONSTRUÇÃO DA PARENTALIDADE AFETIVA
NO PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Brasília/DF

2019

Anderson Cardoso Rubin

**A CONSTRUÇÃO DA PARENTALIDADE AFETIVA
NO PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Martins de Sousa

Brasília/DF

2019

Anderson Cardoso Rubin

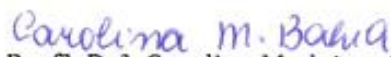
**A CONSTRUÇÃO DA PARENTALIDADE AFETIVA
NO PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Esta monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel obteve aprovação perante a banca examinadora

Banca examinadora:


Prof. Dr. Paulo Henrique Martins de Sousa
(Orientador)


Profª. Drª. Amanda Flávio de Oliveira
(Membro)


Profª. Drª. Carolina Medeiros Bahia
(Membro)

Brasília/DF

2019

*All the times that I've cried
Keeping all the things I knew inside
And it's hard, but it's harder to ignore it.
If they were right, I'd agree;
But it's them they know, not me.*

Yusuf Islam (Cat Stevens)

*É preciso amar as pessoas como se não houvesse amanhã
Porque se você parar pra pensar na verdade não há.
Sou uma gota d'água. Sou um grão de areia.
Você me diz que seus pais não entendem,
mas você não entende seus pais.*

Renato Russo

Dedicatória

A meus filhos

Thaís, Rachel, Rafael, Lucas, David e Letícia,
razão de ser da minha alegria.

A minha esposa Alessandra,
companheira, amiga e amante,
a melhor presença nos bons e maus momentos.

A meus pais,
Antônio e Alice,
exemplo e estímulo.

Resumo

O presente estudo analisa como pode ser construída a parentalidade afetiva, resultante da adoção, nos casos de rompimento do vínculo familiar resultante da desconstituição do poder familiar, por abandono, abuso e graves violações dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Considerando esse contexto pós-traumático, propõe a aplicação do paradigma da justiça restaurativa para a construção de uma nova mentalidade sociocultural relativa à adoção. Para tanto, procura estabelecer como se desenvolveu a tutela jurisdicional de proteção à infância e à juventude vigente no país e quais os princípios constitucionais que devem balizar a atuação estatal e a prestação jurisdicional referentes à defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes.

Palavras-Chave:

Parentalidade. Parentalidade afetiva. Adoção. Justiça Restaurativa.

Abstract

The present study analyzes how the affective parenting can be constructed, resulting from the adoption, in cases of breaking of the family bond resulting from the deconstitution of family power, through abandonment, abuse and serious violations of the fundamental rights of children and adolescents. Considering this post-traumatic context, it proposes the application of the restorative justice paradigm for the construction of a new sociocultural mentality regarding adoption. To this end, it seeks to establish how the judicial protection of childhood and youth protection in force in the country was developed and which constitutional principles should underpin state action and judicial provision regarding the defense of the interests of children and adolescents.

Key Words

Parenting. Affective parenting. Adoption. Restorative Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	iii
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA ESTRUTURA FAMILIAR, DA PARENTALIDADE E DOS DIREITOS DA INFÂNCIA	1
2. O ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL	15
2.1. O direito de família, as relações de parentalidade e a proteção integral da infância à luz do paradigma constitucional	15
2.2. Os princípios constitucionais nas relações de parentalidade	19
2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana	20
2.2.2. Princípio da afetividade	21
2.2.3. Princípio da liberdade.....	22
2.2.4. Princípio do pluralismo familiar	24
2.2.5. Princípio da igualdade jurídica de cônjuges e companheiros	25
2.2.6. Princípio da igualdade dos filhos.....	26
2.2.7. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	27
2.2.8. Princípio da proteção integral	28
2.2.9. Princípio da primazia da convivência familiar	29
2.2.10. Princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar	30
2.2.11. Princípio da responsabilidade parental.....	30
2.2.12. Princípio da solidariedade familiar	31
2.3. Legislação infraconstitucional pós 1988	32
3. A FAMÍLIA DIANTE DO ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL	37
3.1. Conceito de família na perspectiva eudemonista.....	37
3.2. Tipos de família	38
3.2.1. Família matrimonial	39
3.2.2. Família convivencial	40
3.2.3. Família monoparental.....	40
3.2.4. Família anaparental	41
3.2.5. Família multiparental.....	42
3.2.6. Família pluriparental.....	43
3.3. Outros arranjos familiares	43

4.	A CONSTRUÇÃO E A DESCONSTRUÇÃO DA PARENTALIDADE.....	45
4.1.	Conceito de parentalidade	45
4.2.	Tipos de parentalidade.....	47
4.2.1.	Parentalidade biológica ou natural.....	47
4.2.2.	Parentalidade socioafetiva.....	48
4.2.3.	Pluripaternidade	49
4.2.4.	Parentalidade afetiva (<i>strictu sensu</i>).....	49
4.3.	A construção da parentalidade.....	52
4.4.	A desconstrução da parentalidade.....	53
4.5.	A reconstrução da parentalidade mediante o instituto da adoção.....	57
5.	O PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	63
5.1.	Origens e desenvolvimento do paradigma da justiça restaurativa na seara penal	64
5.2.	O conceito de justiça segundo o paradigma restaurativo	66
5.2.1.	Princípio do respeito	67
5.2.2.	Princípio da participação.....	67
5.2.3.	Princípio da honestidade	68
5.2.4.	Princípio da humildade	68
5.2.5.	Princípio da interconexão	68
5.2.6.	Princípio da responsabilidade	69
5.2.7.	Princípio do empoderamento	69
5.2.8.	Princípio da esperança	69
5.3.	A transposição do paradigma da justiça restaurativa para as relações de construção e desconstrução de parentalidade.....	70
6.	A PARENTALIDADE AFETIVA NO PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	73
6.1.	O adotando	73
6.2.	Os pais biológicos	77
6.3.	Os adotantes	79
6.4.	O processo de adoção: conflitos, dificuldades e conquistas.....	83
	CONCLUSÃO	87
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89

INTRODUÇÃO

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, compilados nos primeiros dias do mês de novembro de 2019, o Cadastro Nacional de Adoção revela que 9.541 crianças e adolescentes encontram-se acolhidos em instituições de proteção da infância e da juventude, sendo que 4.903 delas estão disponíveis para adoção. Curiosamente, 46.094 pretendentes estão habilitados para acolher essas crianças e adolescentes, dando a elas um lar e uma família. Entretanto a conta não fecha...

Pelo que se depreende do Estatuto da Criança e do Adolescente, essas 9.541 crianças e adolescentes foram vítimas de abandono, abuso e graves violações dos seus direitos fundamentais. Para 4.903 delas, o vínculo de parentalidade original foi desconstruído mediante decisão de desconstituição do poder familiar. Todo o sistema de acolhimento e colocação em um novo núcleo familiar deveria primar pela proteção integral e pelo melhor interesse dessas crianças e desses adolescentes. Mas não é isso o que ocorre...

Parece evidente que o atual modelo de construção da parentalidade afetiva não consegue responder a essa problemática social e que os procedimentos e instrumentos jurídicos são, ao menos em parte, ineficazes na proteção do melhor interesse dessas crianças e adolescentes.

Diante desse cenário, o presente estudo procura entender como se constituiu o paradigma de adoção predominante e de que forma se desenvolveu a tutela jurisdicional de proteção à infância e à juventude vigente no país. Procura ainda estabelecer os princípios constitucionais que devem balizar a atuação estatal e a prestação jurisdicional referentes à defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes.

Voltando o olhar para a sistemática constitucional vigente, busca-se entender o modelo familiar compatível com os princípios resguardados pela Carta Magna e como ele se concretiza em tipos específicos de arranjos de parentalidade e filiação, sem olvidar a dinâmica própria das estruturas sociais, tão fluídas nos dias atuais.

Tendo em vista que a desconstrução da parentalidade natural e o consequente rompimento do vínculo familiar é medida excepcional, extrema e

traumática, este trabalho acadêmico busca ainda identificar como se constitui a parentalidade e como pode ser construída a parentalidade afetiva, fundada na afetividade jurídica objetiva e no dever de cuidado, resultante da adoção.

Finalmente, tendo por base que a parentalidade afetiva resultante da adoção sempre se dá em um contexto pós-traumático, indaga-se sobre a possibilidade de o paradigma da justiça restaurativa ser capaz de contribuir para o desenvolvimento de uma nova mentalidade sociocultural referente à adoção, de modo a satisfazer a equação – até hoje insolúvel – que relaciona filhos precisando de pais com pais precisando de filhos.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA ESTRUTURA FAMILIAR, DA PARENTALIDADE E DOS DIREITOS DA INFÂNCIA

A pesquisa etnográfica sugere que a base da organização social e tribal está no reconhecimento dos laços de consanguinidade e nos interditos deles decorrentes. Nesse estágio civilizatório primordial, predomina a indissociação entre as normas morais, religiosas e legais, mas vinculadas a uma paternalidade ancestral, concretizada em práticas totêmicas e no interdito do incesto¹. Dessa forma, o direito arcaico é engendrado em vista da organização dessas sociedades primitivas, organizadas em torno dos laços de parentesco².

Na transição para a Antiguidade, três fatores são cruciais para o desenvolvimento das primeiras civilizações: a) o surgimento das cidades, engendrada pelo desenvolvimento das técnicas de plantio, com a constituição de excedentes de produção; b) o advento do comércio e da moeda metálica, permitindo uma maior complexidade das relações sociais, com a diferenciação entre os clãs e os estratos sociais, dando origem a classes privilegiadas; e c) a invenção e domínio da escrita, permitindo à casta sacerdotal e à elite governante o monopólio da aplicação do direito³. Ademais, é de se ter em mente que essas primeiras civilizações estruturam-se em bases patriarcais, centrada na figura do chefe do clã, o *pater familias*⁴.

Por outro lado, a dependência a uma paternalidade ancestral desenvolve-se a partir de uma relação totêmica tribal, orientando-se para o culto doméstico dos ancestrais. Nesse sentido, a filiação surge como resposta mítica da consciência da finitude e do desejo de transcendência. Os ancestrais eram os “deuses-lares” que

¹ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. In: FREUD, Sigmund. **Obras completas. Totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 19-21.

² WOLKMER, Antônio Carlos. *O direito nas sociedades primitivas*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 2-3. Ainda conforme Wolkmer:

Se a sociedade pré-histórica fundamenta-se no princípio do parentesco, nada mais natural do que considerar que a base geradora do jurídico encontra-se, primeiramente, nos laços de consanguinidade, nas práticas do convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições. É neste sentido que a lei primitiva da propriedade e das sucessões teve em grande parte sua origem na família e nos procedimentos que a circunscreveram, como as crenças, os sacrifícios e o culto aos mortos. (WOLKMER, 2006, p. 2-3)

³ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito. Op. cit.**, p. 12-13.

⁴ STEARNS, Peter N. **História das relações de gênero**. São Paulo: Contexto, 2007, p. 27.

protegiam a casa, e dependiam da memória dos vivos, representada pelo fogo sagrado, sempre aceso nos lares domésticos. A perpetuação do culto dos ancestrais era de responsabilidade direta do filho primogênito⁵. Outro ponto importante é que esse culto doméstico só se transmitia na linha masculina. A mulher venerava, primeiro, os ancestrais do seu pai e, depois, pelo casamento, os do seu marido. Assim, o que caracteriza a família antiga é a possibilidade de cultuar e adorar os mesmos ancestrais, sob o princípio da mesma autoridade masculina⁶. Logo, o poder paterno é uma das peças fundamentais para se entender a antiga concepção da família, da autoridade, da herança, da propriedade.

Nesse contexto, a primogenitura é vista sob um duplo prisma: do ponto de vista da transcendência, é compreendida como uma bênção divina; do ponto de vista da imanência, como um direito sucessório. Ao primogênito homem cabe o direito hereditário à chefia do clã e à totalidade dos bens. Então, em sua origem, as instituições primordiais do direito civil são essencialmente patriarcais e patrimoniais. A relação que envolve o *pater familias* com as figuras da mulher, do filho, do escravo, é essencialmente patrimonial. Assim, as primeiras relações de vinculação familiar e de parentalidade são eminentemente cultuais e patrimoniais.

Por outro lado, da mesma forma que a natalidade tinha um caráter de bênção, a esterilidade carregava o estigma da maldição. A ausência do primogênito representava não apenas o fim do clã, como também o esquecimento dos antepassados. Nesse contexto, a adoção surgiu remotamente para cumprir o dever de perpetuar o culto doméstico, sendo um último recurso para evitar a desgraça representada pela morte sem descendentes⁷. Dessa forma, a adoção não visava melhorar a condição de vida do adotado, mas suprir uma necessidade do *pater familias* adotante.

Esse perfil religioso foi mantido na Grécia e Roma antigas, seja determinando que todos os homens livres deviam casar, seja permitindo o divórcio em caso de esterilidade da mulher ou, em caso de morte prematura ou impotência, a substituição do marido por um parente, geralmente o irmão que o sucedia na linha de nascimento, seja,

⁵ NOGUEIRA, Jenny Magnani de Oliveira. *A instituição da família em A cidade antiga*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. *Op. cit.*, p. 72.

⁶ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 28.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 269.

em hipótese extrema, o direito à adoção⁸. Assim, mesmo no direito romano, a adoção possuía o objetivo exclusivo de proporcionar filhos àqueles que não possuíam prole consanguínea, perpetuando o nome do adotante⁹.

No que diz respeito ao *status* jurídico dos filhos, deve-se ter em conta que no mundo antigo, muito embora a maternidade pudesse ser aferida pelo parto natural, a paternidade era sempre presumida. Dessa forma, as relações monogâmicas foram privilegiadas, de modo a garantir a exclusividade sob o patrimônio genético envolvido nas concepções. Daí a formalidade e a estabilidade com que foram se constituindo os vínculos matrimoniais, consoante o brocardo latino: “*Mater semper certa est et pater is est quem nuptia demonstrant*”.

Assim, descortinam-se três níveis de discriminação entre os filhos: primeiramente, entre legítimos e ilegítimos, sendo que os ilegítimos não detinham direitos de filiação propriamente ditos; em segundo lugar, entre os filhos e as filhas, sendo que elas faziam parte do núcleo familiar apenas até o casamento; e, finalmente, entre o primogênito e os demais filhos, sendo que apenas ao primeiro cabia o papel de sucessor do *pater familias*.

Com o advento do Cristianismo, o matrimônio assume *status* de sacramento indissolúvel e o conceito de filiação aprofunda-se em termos de laços sanguíneos, rejeitando-se a prática romana de permitir uma filiação fictícia para preservação do nome familiar¹⁰. Apesar de o matrimônio cristão ter como finalidade a procriação, a esterilidade (ou outra intercorrência, como a morte prematura do marido) deve ser aceita como parte do misterioso plano de Deus.

Nesse sentido, durante a Idade Média, o direito sucessório desenvolve-se sob o aspecto da hereditariedade e da legitimidade dos filhos havidos na constância do casamento, sendo os filhos ilegítimos discriminados socialmente, recebendo a pejorativa alcunha de “bastardos”, havendo ainda a distinção entre os bastardos naturais (quando não havia impedimentos matrimoniais entre os genitores) e bastardos espúrios (quando

⁸ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010, p. 31-32.

⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 380.

¹⁰ SILVA FILHO, Artur Marques. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28-29.

presentes impedimentos, como nos casos de relações adulterinas ou incestuosas)¹¹. A nobreza transmitia-se pelos laços de consanguinidade, bem como os privilégios dos senhores feudais. As relações de poder se estruturavam em intricados laços de parentesco, dados os casamentos de interesse. Nesse contexto, a adoção não atendia aos interesses hereditários dos senhores feudais, caindo em desuso, até o seu completo desaparecimento¹².

Na baixa Idade Média, surgem as casas de acolhimento, vinculadas a ordens religiosas, para assistências de órfãos, enfermos e idosos. Nessa época desenvolve-se, especialmente na Itália e na França¹³, a “roda dos expostos”, também denominada de “roda dos enjeitados”, que também chegou ao território brasileiro como herança lusitana, nas Santas Casas de Misericórdia que se desenvolveram aqui durante o século XVIII, dada a prática comum de abandono de crianças ilegítimas, indesejadas e, principalmente, filhas de escravas¹⁴.

Esse cenário só sofreu alteração no início do séc. XIX, quando o instituto da adoção foi inserido no Código Civil francês – para atender a um interesse particular de Napoleão, em vista da sua sucessão –, sendo posteriormente acolhido pelas demais legislações modernas, com raras exceções¹⁵.

Tanto as ordenações portuguesas (afonsinas, manuelinas e filipinas), quanto as duas primeiras constituições nacionais (a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891) não trouxeram normas protetivas relativas à infância e à adolescência, à exceção de algumas imputações criminais, também presentes no Código Criminal do Império (1830) e no Código Penal republicano (1890)¹⁶.

Ao tempo das ordenações portuguesas, o único benefício que um menor de dezessete anos tinha em relação a um maior de idade era não ser condenado à morte.

¹¹ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 535.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume 5. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 404.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Volume 6. 16ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 576.

¹⁴ SILVA FILHO, Artur Marques. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. *Op. Cit.*, 2009, p. 34.

¹⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 654.

¹⁶ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

No Código Criminal do Império (1830), a responsabilidade penal objetiva foi fixada aos catorze anos, adotando porém o critério biopsicológico a partir dos sete anos. Cabe destacar que a declaração da maioridade aos catorze anos atendia a um interesse político: permitir que D. Pedro II, emancipado nessa idade, passasse ao efetivo governo do país¹⁷. Já no primeiro ordenamento da República, o Código Penal de 1890, a inimputabilidade absoluta foi estabelecida apenas para os menores de nove anos. Para os infratores que contassem entre nove e quatorze anos, previa-se o recolhimento a estabelecimento disciplinar diferenciado, o que na prática, não se efetivou¹⁸.

Curiosamente, a primeira lei brasileira a trazer um dispositivo legal expresso de caráter “protetivo” à infância foi a Lei do Ventre Livre (1871), a qual dava à mãe escrava o direito de criar seu filho até os sete anos, quando, ou o Estado indenizava o dono da escrava num valor de alguns mil réis e a criança era retirada da mãe e colocada num orfanato; ou, permanecendo na companhia da mãe, a criança trabalhava em regime de escravidão até os 21 anos, quando deveria ser alforriada¹⁹. Ou seja, a primeira medida “protetiva” do Estado brasileiro à infância era permitir ao senhor de escravos decidir se a cria das suas escravas deveria ser abandonada ou mantida em escravidão por dois setênios.

Mesmo no cenário internacional, não havia medidas protetivas à infância e à adolescência em matéria trabalhista. Embora o trabalho infantil fosse prática comum desde a Antiguidade, a Revolução Industrial tornou a problemática ainda mais aguda, uma vez que crianças, mesmo em tenra idade – conquanto pobres, ainda que livres –, eram submetidas então a trabalho exaustivo, em ambiente insalubre, sob jornadas diárias extensas e sem folga semanal.

Na Inglaterra da Era Vitoriana, em que o trabalho era visto como virtude, as lentas mudanças vieram por meio das *Factory Acts*: em 1819, proibiu-se o emprego de crianças menores de nove anos de idade em fábricas de fiação e tecelagem, assim como o trabalho noturno para menores de dezesseis anos, mas eram permitidas as jornadas de trabalho de doze horas; em 1834, estendeu-se a proibição do trabalho de menores de nove anos às demais atividades, mas as crianças entre nove e treze anos podiam

¹⁷ AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Rio de Janeiro: Museu da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2008, p. 4.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 5.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 4-5.

trabalhar 48 horas por semana (ou 9 horas por dia) e os adolescentes de quatorze a dezoito anos podiam trabalhar 69 horas por semana (ou 12 horas por dia); em 1847, limitou-se o trabalho a adolescentes de treze a dezoito anos, mas em jornada de 10 horas diárias; e em 1889, teve início a jornada de trabalho de 8 horas diárias para os menores aprendizes²⁰.

Cabe destacar que, até meados do século XX, a criança não era considerada como sujeito de direitos, mas tão apenas objeto de aplicação de certos institutos jurídicos²¹. Dessa forma, o Código Civil de 1916, ao definir as relações de parentesco por consanguinidade, o fez sob uma perspectiva medieval, distinguindo a filiação em legítima (art. 337), quando oriunda do casamento; legitimada (arts. 352-353), quando convolada em casamento posterior; ilegítima natural (art. 355), quando não havia impedimento matrimonial entre os genitores, situação que permitia o reconhecimento da filiação; e ilegítima espúria (art. 358), caso em que o impedimento matrimonial dos genitores (relação adulterina ou incestuosa) impedia o reconhecimento da filiação²².

Por outro lado, foi apenas com Código Civil de 1916 que a adoção passou a ser regulada no país, prevista nos arts. 368 a 378 da Parte Especial, mediante um

²⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti; DIAS, Fábio Muller Dutra. **Trabalho infantil**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, p. 18.

²¹ A esse respeito, registra-se o precedente American Society for the Prevention of Cruelty to Animals vs New York City, de 1896, consoante o seguinte relato:

Em 1896, na cidade de Nova York, aconteceu um caso que ficou conhecido como o caso *Mary Ann* [Mary Ellen McCormack]. Nova York já era Nova York em 1896. Consta da história que um casal maltratava muito a filha *Mary Ann* [Ellen], de 9 anos. Toda a cidade tinha conhecimento dessa relação perversa, mas ninguém fazia nada, até pelo conceito de que criança era como vaca: propriedade da família, que a educava como achasse melhor.

No entanto, a situação chegou a tal extremo, que um belo dia um grupo de pessoas da sociedade local entrou na Justiça pleiteando junto ao juiz de direito da cidade a guarda da criança. Que grupo de pessoas fez isso? A Sociedade Protetora dos Animais de Nova York, que então já existia.

Quem é da área de Direito sabe o que um fato como esse gera de polêmica no Fórum: se tem competência ou não, se tem legitimidade ou não. O fato é que se chegou ao consenso de que se aquela sociedade podia defender um cavalo, um cachorro, um gato ou uma vaca, evidentemente poderia defender uma criança. Pois bem. Um grupo da sociedade protetora dos animais de Nova York entrou na Justiça com ação de defesa da criança. A partir daí surgiu uma entidade até hoje existente chamada *Save The Children of World*. Essa ONG criada no final do século XIX teve grande influência no surgimento do Direito de Menores, no início do século XX, ou seja, o Direito Tutelar. Os menores, considerados bens de família, passaram a ser objeto de proteção do Estado.

[SARAIVA, João Batista Costa *apud* AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. *Op. cit.*, p-5-6].

²² CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 544.

sistema rígido e fechado²³, tendo o objetivo de atender aos interesses dos adotantes que não possuíam filhos, sendo restrita a adotantes maiores de 50 anos, casados e sem prole legítima ou legitimada²⁴.

De fato, uma evolução no tratamento jurídico dado à infância e à adolescência só se fez sentir após a Primeira Guerra Mundial. Assim, apenas com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no Tratado de Versalhes, e a realização, ainda em 1919, da 1ª Conferência Internacional do Trabalho, é que se proibiu – ao menos formalmente – o trabalho infantil, considerado como tal aquele realizado por pessoa menor de 14 anos²⁵.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, houve, igualmente, a necessidade de amparar os órfãos da guerra, situação que fez com que, pela primeira vez, a adoção adquirisse um aspecto mais caritativo²⁶. Nesse contexto, foi criada a International Save the Children Union (L'Union Internationale de Secours aux Enfants), que elaborou uma primeira documentação de direitos fundamentais da infância e juventude, conhecida como Declaração de Genebra (1924)²⁷. Tratava-se de um documento que “não tratava as crianças como autênticos sujeitos de direitos, mas como objeto de proteção, ou meros recipientes passivos”²⁸. Dessa forma, por exemplo, afirmava-se que “a criança deve ser alimentada”, ao invés de “a criança tem direito à alimentação”. Apesar de apresentada à Assembleia Geral da Liga das Nações, a Declaração de Genebra não chegou a ser formalizada.

A década de 20 do século passado também foi marcada pelo surgimento de códigos de menores em vários países, entre eles o Brasil. Há de se destacar que pouco antes, em 1923, havia sido inaugurado o Juizado Privativo de Menores da Capital Federal²⁹. O primeiro código de menores do país foi o Decreto nº 17.943-A, de 12.10.1927, conhecido como Código Mello Mattos, por conta de seu autor, o jurista José

²³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção*. In: MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 200.

²⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 654.

²⁵ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 56.

²⁶ SILVA FILHO, Artur Marques. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. *Op. cit.*, p. 32.

²⁷ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 60.

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 60.

²⁹ AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. *Op. cit.*, p. 3.

Cândido de Albuquerque Mello Mattos, tendo por foco “*as crianças pobres, abandonadas ou delinquentes*” (AZEVEDO, 2008, p. 6).

Nesse momento, a concepção predominante era de que apenas o infante em situação irregular deveria ser objeto da tutela do Estado, no sentido que eles deveriam ser retirados do espaço social, com a finalidade primordial de proteger a segurança pública da coletividade³⁰. Assim, o Código Mello Mattos previa que as crianças abandonadas ou sob risco fossem recolhidas em orfanatos. Em relação às que cometiam atos infracionais, consoante as disposições do código de menores de 1927, eram consideradas objetivamente inimputáveis até os catorze anos – o critério biopsicológico do Código Penal de 1890 já havia sido abandonado pela Consolidação das Leis Penais, ocorrida em 1922 – e, entre catorze e dezoito anos, deveriam ser submetidas a processo especial (art. 69), prevendo-se internação em reformatórios, para educação e medidas corretivas de saúde física, mental e moral³¹.

O paradigma do Código Penal de 1927 era de que os menores em conflito com a lei não deveriam cumprir penas, mormente em estabelecimentos penais, mas ser submetidos a medidas sócio-educativas. Todavia, dada a pequena quantidade de reformatórios, houve ainda, em grande parte do país, a permanência do modelo anterior, consoante exceção prevista no art. 71. Uma pequena melhoria nas condições dos estabelecimentos correccionais só ocorreria mais de uma década depois, com a criação do Serviço de Assistência ao Menor (SAM), pelo Decreto-Lei nº 3.799/1941³².

A par dessas mudanças pontuais no tratamento jurídico conferido à criança e ao adolescente, observa-se que a sociedade brasileira, ao longo do século XX, sofreu um acelerado processo de transformação cultural, social e econômica, dando origem a inúmeras situações que o direito positivado já não conseguia abarcar. Dois casos apontam para a idiossincrasia presente na evolução do nosso sistema legal.

No início da década de 40, o empresário Assis Chateaubriand mantinha uma relação de concubinato com Cora Acuña, da qual nasceu a menina Teresa Acuña, filha de ambos. Como o Código Civil de 1916 impedia o registro dos filhos ilegítimos – e, na

³⁰ AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. *Op. cit.*, p. 30.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 9.

³² Idem, *ibidem*, p. 10.

ocasião, Chateaubriand ainda estava formalmente casado com Maria Henriqueta Barroso do Amaral, embora já não vivessem mais maritalmente –, a pequena Teresa foi registrada apenas com a filiação materna. Findo o relacionamento entre “Chatô” e “Corita”, o empresário quis manter a guarda da filha, apesar de ausentes o reconhecimento da filiação e o pátrio poder. Assis Chateaubriand usou, então, todo o seu prestígio para obter, junto ao presidente Getúlio Vargas, a aprovação de duas normas: o Decreto-Lei nº 4.737, de 24.9.1942, que permitiu o reconhecimento, seguido ao desquite, de filhos havidos fora do matrimônio; e o Decreto-Lei nº 5.213, de 21.1.1943, que dispunha, convenientemente para Chateaubriand, que “o filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o do **pai**, salvo se o juiz entender doutro modo, no interesse do menor” (grifo nosso). Esta última norma, ficou conhecida como Lei Teresoca, como Chatô carinhosamente chamava a filha³³.

Nessa mesma década, o casal Osvaldo Oliveira Mata e Judith Oliveira Mata, da cidade de Montes Claros/MG, apesar das condições econômicas precárias, tiveram onze filhos. Alguns deles foram dados a outras famílias, para que os criassem em melhores condições, num procedimento até hoje conhecido como “adoção à brasileira”. A quarta filha do casal, Maria Estela, aos quatro anos de idade, foi dada ao casal Juscelino Kubitschek, então deputado federal, e Sarah Kubitschek. Observa-se que à época, 1947, vigente o Código Civil de 1916, que impedia a adoção por casal com idade inferior a 50 anos (Juscelinho tinha 45 e Sarah, 39) e que tivessem filhos (no caso, o casal mineiro tinha a filha Márcia, de três anos). Por essa razão, Maria Estela conservou o nome dos pais biológicos e tratava os pais adotivos como “padrinho” e “madrinha”³⁴.

Já na Presidência da República, Juscelino Kubitschek obteve no Congresso Nacional a aprovação de novo texto de lei referente à adoção, o qual, após a sua sanção, tornou-se a Lei nº 3.133/1957³⁵. Na ocasião, o presidente fez questão de presentear a filha adotiva com uma das vias originais, permitindo que ela debutasse, aos quinze anos, com o nome de Maria Estela Kubitschek³⁶. Consoante o novo texto legal, permitia-se a

³³ MORAIS, Fernando. **Chatô, Rei do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 409.

³⁴ LOPES, Maria Estela Kubitschek. **Simples e princesa**. São Paulo: Arx, 2006, p. 10.

³⁵ COUTO, Ronaldo Costa. **Juscelino Kubitschek**. Brasília: Edições Câmara (Câmara dos Deputados)/Edições Técnicas (Senado Federal), 2011, p. 428.

³⁶ LOPES, Maria Estela Kubitschek. **Simples e princesa**. *Op. cit.*, p. 45.

adoção por pessoas maiores de 30 anos, tivessem ou não prole legítima ou ilegítima, estendendo ainda aos filhos adotivos os mesmos direitos de filiação, inclusive quanto à alteração do nome³⁷, exceto no que diz respeito à sucessão³⁸.

O período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial foi marcado pela afirmação dos direitos humanos, neles incluídos os direitos relativos à infância e juventude. Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembleia Geral da ONU de 1948, dedicou os arts. 25 e 26, prevendo não só o direito a educação e a cuidados e assistências especiais, como também que os infantes, nascidos dentro ou fora do matrimônio, devem ter a mesma proteção social. O corpo do direito internacional dos direitos humanos conta ainda com a Declaração dos Direitos da Criança, aprovada em 1959, bem como com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 10, 12 e 13) e com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (arts. 23 e 24), ambos de 1966³⁹. Essas medidas foram complementadas, em 1985, pelas Regras de Beijing, como ficou conhecido o documento sobre as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude. A partir desse documento, foi possível estabelecer os parâmetros gerais acerca de um sistema de Justiça da Infância e da Juventude, pautado pelos princípios da especialidade e da garantia dos direitos fundamentais⁴⁰.

Finalmente, em 1989, a Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, assim entendida como *“todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que pela legislação aplicável, a maioria seja atingida mais cedo”* (art. 1º). Composta de 42 artigos, tal qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual se inspirou, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança assentou-se sobre o paradigma do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade. Dela decorrem os seguintes princípios:

- a) universalização dos direitos a todas as crianças, sem qualquer discriminação;

³⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. *Op. cit.*, 2002, p. 380.

³⁸ JORGE, Dilce Rizzo. *Histórico e aspectos legais da adoção no Brasil*. In: **Revista Brasileira de Enfermagem**, Rio de Janeiro, nº 28, 1975, p. 17.

³⁹ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 52.

⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 63.

- b) prioridade para o atendimento do interesse superior da criança;
- c) assistência à gestante e direito a um nome e a uma nacionalidade;
- d) garantia de atendimento das suas necessidades básicas de saúde, alimentação, moradia, lazer e outros cuidados especiais;
- e) direito a crescer sob o amparo de seus pais, em ambiente de amor, cuidado, afeto e segurança;
- f) privilégio da família natural, de modo que a destituição do poder familiar somente pode ocorrer em casos excepcionais;
- g) direito à educação escolar;
- h) prioridade no recebimento de proteção, auxílio e socorro;
- i) proteção contra o abandono e a exploração no trabalho;
- j) direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos⁴¹.

A afirmação dos direitos da infância e juventude esteve também ligada ao lento processo de erradicação do trabalho infantil, mediante as sucessivas normas acordadas no âmbito da OIT. Assim, ainda em 1919, a Convenção nº 5 estabeleceu a idade mínima para a indústria no patamar de 14 anos de idade (depois revista pela Convenção nº 59, de 1937, para 15 anos); a Convenção nº 33, de 1932, estabeleceu a idade mínima para atividades não industriais no patamar de 12 anos de idade (depois revista pela Convenção nº 60, de 1937, para 15 anos); a Convenção nº 138, de 1973, estabeleceu a idade mínima para a admissão a emprego, também no patamar de 15 anos de idade, mas não inferior ao limite de escolaridade obrigatória de cada país membro. Finalmente, de modo mais incisivo, a Convenção nº 182, de 1999, estabeleceu diretrizes para a proibição das piores formas de trabalho infantil e ações imediatas para sua eliminação⁴².

Esse movimento de afirmação dos direitos da infância e juventude na segunda metade do século XX só se efetivou plenamente entre nós após o fim da ditadura militar, vigente entre 1964 e 1985. Publicada no início do regime de exceção, a Lei 4.513/64 instituiu a Política Nacional de Bem-Estar do Menor, a ser desenvolvida por um órgão específico, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM).

⁴¹ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 61-62

⁴² Idem, *ibidem*, p. 57.

Vinculadas à FUNABEM estavam suas subdivisões locais: as Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (FEBEMs)⁴³. Todavia, a visão predominante da Política Nacional de Bem-Estar do Menor era a segregação do menor “irregular”. Assim, ao invés da promoção do bem-estar de crianças e adolescentes, as FEBEMs ficaram conhecidas como locais de violência (física, psíquica e moral), tortura e violação dos direitos humanos fundamentais.

Em perspectiva similar, a Lei nº 4.655/1965 também representou um retrocesso, ao criar o instituto da legitimação adotiva. De acordo com essa espécie normativa, ao menos um dos legitimantes deveria ser maior de 30 anos, os cônjuges deveriam estar casados há mais de cinco anos e não poderiam ter filhos legítimos, legitimados ou naturais (art. 2º). A exigência de cinco anos de casamento poderia ser dispensada se provada a esterilidade de um dos cônjuges, por perícia médica (art. 2º, parágrafo único). Assim, a um só tempo, a Lei nº 4.655/1965 restabelecia a adoção como uma solução para adotantes inférteis e a diferença de tratamento entre filhos legítimos e legitimados.

Nos anos finais do regime militar foi aprovado um novo Código de Menores (Lei nº 6.697/79), ainda presa ao paradigma de ser um instrumento de controle social da infância e adolescência “irregulares”, vistas como ameaças à família, à sociedade e ao Estado. Ademais, consoante o art. 41, as autoridades policiais do Estado estavam legitimadas a “internar” nas FEBEMs – cujo recolhimento possuía natureza semelhante ao do sistema prisional comum – menores que apresentassem “desvio de conduta”, ainda que não tivessem cometido atos infracionais⁴⁴.

O Código de Menores de 1979, ainda encampando a doutrina da situação irregular, previu duas espécies de adoção. A adoção simples, prevista nos arts. 27 e 28, de rito mais simples, que não rompia o vínculo com os pais biológicos e que podia ser revogada mediante escritura pública⁴⁵. Essa modalidade de adoção, reversível, nas quais os pais adotantes cuidavam do filho adotivo para a família biológica, favoreceu o fortalecimento da prática de adoção à brasileira. Por outro lado, o Código de Menores de

⁴³ AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. *Op. cit.*, p. 10-11.

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 12.

⁴⁵ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 183.

1979 substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena⁴⁶, prevista nos arts. 31 a 37, de rito mais complexo, que rompia o vínculo com os pais biológicos e que era irrevogável. Todavia, o texto legal deixa entrever no art. 37 que a adoção plena ainda era vista como um paliativo para casais sem filhos: “A adoção plena é irrevogável, **ainda que aos adotantes venham a nascer filhos**, as quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres” (grifo nosso).

Assim, a tutela jurídica da criança e do adolescente desenvolveu-se no país, dentro de três paradigmas: primeiro, da absoluta indiferença à mera imputação criminal (Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, Código Criminal do Império de 1830, Código Penal da República de 1890); segundo, o cuidado tutelar, onde a criança e o adolescente em “situação irregular” são recipientes passivos das medidas de acautelamento, internação ou colocação em família substituta (Código Mello Mattos de 1927 e Código de Menores de 1979); e, finalmente, a proteção integral, reconhecendo que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, pessoas em desenvolvimento, que necessitam de especial atenção do Estado, da comunidade e da família. Esse último paradigma se consolida com Constituição democrática de 1988, e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990⁴⁷.

⁴⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 655.

⁴⁷ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

2. O ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 representou uma mudança de paradigma no que concerne à afirmação dos direitos fundamentais. Oriunda de um momento histórico em que a sociedade nacional demandava mais participação política, a Carta Magna decorreu de uma Assembléia Nacional Constituinte “livre e soberana”⁴⁸. Assim, pela primeira vez em nossa história constitucional, a defesa dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana preponderavam sobre as demais normas, até mesmo aquelas que dizem respeito à organização do Estado, fazendo jus à alcunha recebida de Ulysses Guimarães, tornando-se desde então conhecida como a constituição cidadã⁴⁹.

2.1. O direito de família, as relações de parentalidade e a proteção integral da infância à luz do paradigma constitucional

O direito civil, em suas raízes tradicionais, fundava-se em uma perspectiva patrimonialista, que afetava todos os seus institutos. Em relação à parentalidade, as questões relacionadas à filiação eram sempre limitadas pela visão patriarcal e pela concepção religiosa de família tradicional, de modo a restringir os direitos relativos à transmissão de bens na sucessão. Daí, por exemplo, a estreita ligação entre o direito de família e o direito de sucessões, ou mesmo a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos e, dentre estes, os que poderiam ser legitimados e os que seriam sempre espúrios.

Tal perspectiva encontra-se superada ante a nova leitura constitucional do direito. Estruturada no pós-guerra, em resposta à ordem constitucional vigente anteriormente, que permitiu a perpetuação de graves violações de direitos fundamentais, a visão garantista constitucional estabelece que os direitos fundamentais possuem a qualidade de normas constitucionais superiores às demais, compreendendo interesses e necessidades que vinculam toda a coletividade e que impõem limites específicos, seja no âmbito dos poderes, seja na vontade da maioria exercida pelos direitos políticos⁵⁰.

⁴⁸ Expressão constante da Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte, dando fim ao arcabouço jurídico-constitucional que deu sustentação legal à ditadura militar, representado, então, pela Constituição outorgada de 1967.

⁴⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 101.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: teoría del derecho e de la democracia. 1. Teoría del derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 729.

Assim, o texto constitucional assume especial relevância na concepção do Estado Democrático de Direito, na medida em que impõe a concretização dos direitos fundamentais, sendo um instrumento jurídico garantidor da emancipação das liberdades individuais, dotado de normatividade a um só tempo vinculante e limitadora⁵¹.

Dessa forma, os direitos fundamentais são tanto fontes de legitimação das cartas constitucionais, como também de invalidação das regras que não lhe são consentâneas⁵², uma vez que “o paradigma proposto privilegia o caráter normativo da constituição e a vinculação material aos direitos fundamentais, além de considerar o pluralismo e a complexidade das relações sociais pós-modernas”⁵³.

No Estado Democrático de Direito, à luz de uma visão garantista da hermenêutica constitucional, todos os ramos do direito devem ser entendidos e interpretados sob o prisma da constituição, assentada nos pilares dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da democracia e da solidariedade. Assim, dado o processo de redemocratização do país, com a realização da Assembleia Nacional Constituinte e a promulgação da Constituição Federal de 1988, criou-se entre nós uma nova visão do direito privado, compreendendo-se a dignidade da humana como o cerne do direito e das relações jurídicas⁵⁴, em detrimento da antiga visão patrimonialista.

O marco central da constitucionalização do Direito Civil é a personalização dos seus institutos, uma vez que a pessoa humana torna-se o foco central de todo o ordenamento jurídico⁵⁵. A partir do momento em que a pessoa humana figura como elemento central e mais importante do direito, o patrimônio – um dos pontos

⁵¹ COPETTI NETO, Alfredo. *O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico*. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-421, julho/dezembro de 2013, p. 410.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: teoría del derecho e de la democracia. 1. Teoría del derecho.**, *Op. cit.*, p. 775.

⁵³ COPETTI NETO, Alfredo. *O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico*. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. *Op. cit.*, p. 416.

⁵⁴ ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito da família contemporânea**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 36.

⁵⁵ Como afirma Gustavo Tepetino:

[...] a pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, [é] o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

[TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 326]

definidores da família de matiz patriarcal – perde a importância de outrora. Esse fenômeno pode ser definido como a despatrimonialização do direito civil⁵⁶.

Nesse contexto, em que a defesa do princípio da dignidade humana põe em segundo plano a perspectiva meramente patrimonial, a entidade familiar, enquanto instituto regido pelo direito civil, não pode mais ser entendida como núcleo social de função econômica e reprodutiva, isto é, como mera entidade de produção, cujo casamento formal é o ponto referencial necessário, mas, no novo cenário constitucional, a família é entendida como unidade de afeto e de ajuda mútua, ou seja, como entidade socioafetiva – e, sendo prioritariamente regida pelo afeto, este se manifesta em novas representações sociais, resultando em novos arranjos familiares –, que se constitui em espaço privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana^{57 e 58}.

Por essa razão, a Carta Magna de 1988 não recepcionou as antigas normas do Código Civil de 1916, então ainda vigente, que importavam em distinção entre homem e mulher, entre filhos legítimos ou ilegítimos ou entre modelos de família. Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da não discriminação (art. 3º, IV) e da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) nortearam três eixos modificativos de extrema relevância no direito de família: a) a igualdade do homem e da mulher na sociedade conjugal (art. 226, §5º); b) a igualdade absoluta entre os filhos, sem importar sua origem (art. 227, § 6º); e c) a pluralidade dos modelos de família (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º)⁵⁹.

De fato, as disposições patriarcais do Código Civil de 1916 – algumas ainda de matiz medieval, como apontamos – de há muito se mostravam incompatíveis que os

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense / São Paulo: Método, 2013, p. 1.052.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 37.

⁵⁸ Sobre a essa mudança de perspectiva:

Não interessa mais ao Direito o objeto família, mas o seu sujeito. A grande mudança na organização jurídica da família está, exatamente, na inversão desta equação. Enquanto instituição, como guardiã das tradições, patrimônio, transmissão e circulação de riquezas, ela perdeu a sua força. Ao Direito deve interessar muito mais a essência do que a forma. O sujeito é o que importa e não o seu objeto, ou seja, a forma de constituição de família pode até variar, de acordo com o tempo e o espaço em que ela se encontra, mas em seu âmago estará sempre o núcleo estruturante da pessoa e *locus* para o desenvolvimento da personalidade e o direito a ser humano. Existimos e nos humanizamos na família, embora estejam aí as relações mais intrincadas e complexas, segundo Freud. E, por isso mesmo, mais propícias à eclosão de conflitos.

(FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 29)

⁵⁹ CARVALHO, 2017, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 37.

novos valores assumidos pela sociedade contemporânea – particularmente, após a revolução sexual dos anos 60 –, os quais são incapazes de serem contidos nos estritos limites da concepção tradicional de família. Em verdade, tais valores morais pressupõem um paradigma marcado pelo caráter descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado dos novos modelos familiares⁶⁰.

A superação do modelo heteroparental como representação exclusiva do arquétipo familiar decorre do deslocamento das funções econômica e procriativa para a função de realização da afetividade humana⁶¹. O objetivo primordial dos vários arranjos familiares torna-se a busca da felicidade e da plena realização, dinamizado pelo afeto (aspecto intrínseco, de âmbito subjetivo) e pelo cuidado (aspecto extrínseco, de âmbito objetivo). Nesse sentido é possível falar de um princípio jurídico da afetividade, que funciona como mola propulsora das relações familiares⁶². Logo, o interesse tutelado pelo Estado não é mais o das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social⁶³.

A superação do caráter exclusivo do arquétipo heteroparental, de matiz patriarcal (presente, por exemplo, no pátrio poder), permite o reconhecimento de novos modelos familiares, como as famílias monoparentais, homoparentais⁶⁴, anaparentais, pluriparentais⁶⁵. Abre também a perspectiva do reconhecimento de novas relações de parentalidade/filiação: tais como a parentalidade/filiação biológica, a parentalidade/filiação socioafetiva, a parentalidade/filiação simplesmente afetiva (parentalidade/filiação adotiva *strictu sensu*).

Ademais, o texto constitucional rompe o histórico paradigma de discriminação que envolvia tanto os filhos naturais havidos fora do matrimônio cristão

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 35.

⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*. In: BITTAR, Carlos Alberto (org). **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 35.

⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*. In: BITTAR, Carlos Alberto (org). **O direito de família e a Constituição de 1988**. *Op. cit.*, p. 74.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 41.

⁶⁵ Esses modelos familiares são descritos detalhadamente no capítulo 3.

quanto os filhos adotivos; e estabelece entre os filhos, independentemente de sua origem, uma igualdade absoluta em todos os seus aspectos⁶⁶:

Art. 227 [...]

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Finalmente, cumpre destacar que o texto constitucional também previu a proteção integral da infância, incluindo a criança, o adolescente e o jovem no *caput* do art. 227, incumbindo a família, a sociedade e o Estado de, observando o princípio da prioridade absoluta, promover os direitos fundamentais relativos a esta etapa fundamental de desenvolvimento do indivíduo. Nesse sentido, a teor do disposto na Carta Magna, a família, a sociedade e o Estado assumem objetivamente a responsabilidade pela integralidade física e psíquica, bem como pelo pleno crescimento e desenvolvimento das crianças e dos adolescentes⁶⁷.

2.2. Os princípios constitucionais nas relações de parentalidade

Dentro do paradigma constitucional, na visão garantista dos direitos fundamentais, os princípios ocupam um papel primordial. Na compreensão de Ronald Dworkin, princípios são proposições que descrevem direitos⁶⁸, que devem ser observados consoante uma exigência de justiça, ou de equidade, ou de alguma outra dimensão de moralidade⁶⁹. Todavia, são normas (*standards*) que não são aplicáveis segundo um modelo binário – sim/não ou tudo/nada –, mas dentro de uma dimensão de peso ou de importância, consoante cada caso concreto⁷⁰.

Para Robert Alexy, os princípios devem ser entendidos como são mandados de otimização, isto é, normas que ordenam que o direito prescrito seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Dessa

⁶⁶ LIRA, Wladimir Paes. *Responsabilidade civil nas relações familiares – o estado da arte no Brasil*. In: **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**, v. 6, n. 6, feb. 2016, p. 170.

⁶⁷ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 76.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 90.

⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 22.

⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 26.

forma, tais princípios podem ser cumpridos em diferentes graus, na medida em que seu cumprimento depende não só das possibilidades jurídicas, como também do contexto fático envolvido⁷¹. Assim, a teoria dos direitos fundamentais abrigados por princípios constitucionais, como *standards* de peso ou mandados de otimização, permite a superação da dicotomia existente entre direito positivo e direito natural, no sentido mesmo da garantia desses direitos fundamentais, sendo o elemento característico do constitucionalismo contemporâneo.

2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Há uma profunda ligação entre o atual constitucionalismo e o paulatino reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, especialmente no período do pós-guerra. No cerne da visão garantista do direito constitucional está o reconhecimento de que a afirmação dos direitos fundamentais encontra o seu pilar de sustentação na proteção da dignidade da pessoa humana, bem como de que o *status* constitucional é o *locus* adequado para positivar tal tipo normativo.

Dessa forma, a percepção de que os principais valores acerca da existência humana devem estar abrigados em um documento jurídico que possua força vinculativa máxima e que se encontre a salvo de maiorias ocasionais desenvolveu-se em conjunto com o reconhecimento de que a Constituição deve ser situada como norma suprema do ordenamento jurídico⁷².

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se abrigado no art. 1º, III, do texto constitucional. É com base nesse princípio que, no âmbito do direito civil, promoveu-se a despatrimonialização e a repersonalização de seus institutos, dentre os quais se destacam as relações de família, parentalidade e filiação.

Dessa forma, o Direito, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, passou valorizar os aspectos existenciais, garantindo os direitos da

⁷¹ ALEXY, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993, p. 87.

⁷² MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 231.

personalidade de cada membro, superando a importância que se dava às relações patrimoniais entre os cônjuges, companheiros e parentes, como ocorria anteriormente⁷³.

Esse princípio constitucional se concretiza primordialmente em três dimensões: no âmbito da existência, pelo direito à vida; no âmbito da integridade física, pelo direito à saúde e à incolumidade; no âmbito da integridade moral, pelo direito ao respeito⁷⁴. Nesse ponto, há de se destacar que, historicamente, os órgãos de proteção e de defesa de direitos da infância e da juventude tornaram-se instrumentos de repressão e de violação de direitos⁷⁵. Ainda acerca do direito ao respeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente, na esteira do texto constitucional, define em seu art. 17 que ele, “consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

2.2.2. Princípio da afetividade

O princípio da afetividade decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a *affectio* é uma das notas características da *psychē*. Nesse sentido, afeição-se a alguém é um direito humano fundamental⁷⁶. Ainda assim, a afetividade, enquanto dimensão subjetiva, diz respeito apenas ao psíquico de cada pessoa, ou seja, ao afeto em si, dado que não interessa ao direito. Entretanto, quando as manifestações do afeto se concretizam em fatos da realidade, elas podem vir a assumir relevância jurídica, como ocorre nas relações de convivência familiar e nas relações de parentalidade. Então, torna-se possível falar de uma afetividade jurídica objetiva⁷⁷.

⁷³ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 48.

⁷⁴ SILVA, Márcia Regina da. **Adoção: desafios na construção da filiação e da parentalidade – uma reflexão psicanalítica**. Tese (Doutorado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 200-203.

⁷⁵ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 137.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. Volume 5. 32ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 33.

⁷⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª Edição. São Paulo: GEN Jurídico, 2017, p. 100.

Nesses casos, o afeto gera direitos individuais. O primeiro deles tem por objeto o próprio afeto: o direito humano que qualquer indivíduo possui de, livremente, afeiçoar-se a um outro. A liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição, cujo § 2º do art. 5º admite direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios adotados por ela. No entanto, na medida em que vincula indivíduos, o afeto se concretiza também como relação social, caso em que pode vir a gerar responsabilidade entre eles. Por essa razão, afetividade jurídica objetiva possui, além da dimensão pessoal, a dimensão social. As relações de convivência familiar e de parentalidade, estruturadas primordialmente pelo afeto, vinculam direitos e obrigações, sejam morais, como cuidado, atenção, saúde e educação, sejam patrimoniais, como bens, alimentos, moradia, entre outros.⁷⁸

Nesse sentido, desenvolve-se a compreensão que a entidade familiar não deve mais ser entendida como núcleo patrimonial, social e religioso, mas como o *locus* de realização do ser humano, que passa a ser o centro do discurso jurídico, em detrimento da instituição matrimonial ou do patrimônio familiar. As relações familiares são primordialmente movidas pelo afeto. Dessa forma, o princípio da afetividade torna-se o elemento norteador das normas atinentes ao respeito, cuidado, proteção e solidariedade presentes na relação familiar, conduzindo para a realização pessoal de cada um dos seus membros⁷⁹.

2.2.3. Princípio da liberdade

Sendo o princípio da afetividade a mola propulsora das relações familiares, derivando também a busca da felicidade como dado primordial da existência, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana,

⁷⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *A tutela constitucional do afeto*. In: **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 884.

⁷⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 558.

observa-se que deve haver uma limitação à possibilidade de o Estado intervir nos projetos de vida ou nos modelos de arranjos familiares⁸⁰.

De fato, na lição de Paulo Gustavo Gonet Branco (2017), a liberdade e a igualdade são dois elementos essenciais ao conceito de dignidade da pessoa humana, erigido pelo constituinte como fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. Dessa forma, as liberdades individuais são definidas na perspectiva da pessoa humana, que, em busca de autorrealização, escolhe os meios que considera mais aptos para concretizar as suas potencialidades. Tal liberdade de escolha deve ser protegida e estimulada, inclusive mediante a adoção de medidas que possibilitem maior igualdade entre todos, de modo que as liberdades não se tornem meramente formais⁸¹.

Trata-se de entender que a intervenção estatal na liberdade das relações privadas deve ser mínima e pautada na garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é preciso admitir que na sociedade coexistam certos desacordos morais razoáveis. Isto é, não cabe ao operador do direito afirmar como válido apenas o tipo de relacionamento que ele próprio considera como moralmente correto ou apenas aqueles chancelados pela maioria da sociedade. Com efeito, a ampliação do reconhecimento dos direitos de minoria decorre exatamente de uma visão constitucional garantista sobre as relações familiares. Assim, situações historicamente discriminadas, como a das relações homoafetivas ou a daquelas tidas por ilegítimas – muito embora pertencentes a uma minoria social, sendo comumente tidas por contrárias ao padrão moral da maioria da sociedade –, passaram a merecer proteção constitucional. Dessa forma, as garantias constitucionais exercem um papel contramajoritário crucial, no sentido de garantir a proteção da posição minoritária contra a moralidade da maioria⁸².

⁸⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 41.

⁸¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 263.

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 118-119.

2.2.4. Princípio do pluralismo familiar

O texto constitucional expressamente previu a proteção especial do Estado (art. 226, *caput*) à família constituída a partir do casamento (art. 226, §§1º e 2º), da união estável (art. 226, §3º) e das famílias monoparentais (art. 226, §4º), eliminando qualquer forma de discriminação entre elas⁸³. Ademais, o STF, em 2011, declarou procedente a ADIN nº 4.277 e a ADPF nº 132, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conferindo ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição Federal, a fim de conferir às uniões homoafetivas o mesmo *status* constitucional da união estável heteroafetiva. Posteriormente, o CNJ, em 2013, mediante a Resolução nº 175, determinou ser vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento para pessoas do mesmo sexo. Dessa forma, as famílias homoafetivas possuem a mesma proteção constitucional das demais⁸⁴.

Assim, claro está que a Carta Magna albergou o princípio da pluralidade das entidades familiares, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da liberdade. O paradigma constitucional rompeu com o privilégio patriarcal e patrimonial, com a exclusividade da união matrimonial, com a formalidade e solenidade das constituições familiares. Logo, a hermenêutica constitucional conduz à conclusão de que o rol de formas familiares expressas no art. 226 da Constituição não deve ser entendido de modo taxativo. Pelo contrário, o entendimento constitucional, consoante o princípio da pluralidade familiar, é no sentido de reconhecer como família qualquer manifestação afetiva, ainda que constituída informalmente, que vincule seus integrantes com esforços comuns em prol da realização pessoal de cada um deles deve ser reconhecida como entidade familiar, quando assim requerido for. Nesse mesmo sentido, postulam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016): “é preciso ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, esteja ou não, contemplada

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 37.

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 77-84.

expressamente na dicção legal” (p. 76). Ou seja, o princípio do pluralismo familiar protege constitucionalmente a multiplicidade de possibilidades familiares, sejam as presentes, sejam as vindouras, dado o rápido processo de transformação sócio-cultural dos tempos atuais.

2.2.5. Princípio da igualdade jurídica de cônjuges e companheiros

A Constituição Federal de 1988, no art. 3º, IV c/c art. 5º, *caput* e inciso I, postula a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, como princípio fundamental de isonomia, vedando qualquer discriminação de gênero. Dela deriva o disposto no art. 226, §5º, que estabelece a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal.

O princípio constitucional da isonomia, previsto legalmente, constitui tão somente uma igualdade formal. Há por certo um longo caminho até que esse princípio se concretize materialmente. Daí, a preocupação constitucional de ressaltar a igualdade substancial no plano familiar, rompendo o paradigma discriminatório, na qual o homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher, que passava da autoridade do pai para a autoridade do marido. Tal situação é incompatível com os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Assim, o texto constitucional, ao afirmar que não há mais distinção, entre homem e mulher, relativos aos direitos e deveres oriundos das relações familiares, rompeu com a herança nefasta do patriarcalismo e com a hegemonia do poder marital e paterno⁸⁵.

A legislação anterior à Constituição de 1988 era marcada pela assimetria no tratamento jurídico conferido ao homem e à mulher no relacionamento familiar, mormente no exercício da parentalidade, marcada pelo pátrio poder. Dessa forma, dispunha o Código Civil de 1916:

Art. 380. Durante o casamento, **competem o pátrio poder aos pais, exercendo-o marido com a colaboração da mulher**. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 36.

Quase meio século depois, a Lei nº 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, acrescentou o parágrafo único ao mencionado artigo do Código Civil, referente ao pátrio poder, permitindo tão só o recurso ao Judiciário em caso de divergência:

Art. 380. Durante o casamento **competem o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher**. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. **Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai**, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Este histórico de desigualdades e humilhações, ratificado pela precária condição jurídica imposta às mulheres, da qual são exemplares o Código Civil de 1916 e o Estatuto da Mulher Casada, não encontra abrigo no princípio constitucional da igualdade jurídica de cônjuges e companheiros, dada a exigência de tratamento equânime. Por essa razão, o art. 1.630 do Código Civil de 2002 substituiu o pátrio poder pelo poder familiar, competindo a ambos os pais (art. 1.634) exercê-lo em igualdade de condições, qualquer que seja a situação conjugal.

Ademais, cumpre destacar que não fere o princípio da igualdade jurídica entre cônjuges e companheiros o tratamento privilegiado que visa a proteção do polo socialmente mais frágil nas situações concretas de desigualdade. Assim, por exemplo, no âmbito da questão da prevenção da violência doméstica, o tratamento privilegiado que a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) confere às mulheres se dá pela condição de vítima às quais estão submetidas neste tipo de delito⁸⁶, crucial para que se torne material a igualdade formal pretendida pelo texto constitucional.

2.2.6. Princípio da igualdade dos filhos

O princípio da igualdade dos filhos decorre do princípio fundamental de isonomia, previsto no art. 3º, IV c/c art. 5º, *caput*, da Carta

⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 98-108.

Magna, vedando qualquer discriminação de origem. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, §6º, extinguiu as diferenças então existentes entre filhos legítimos, ilegítimos e adotados.

Assim, acolhendo a diretriz constitucional, os arts. 1.596 a 1.619 do Código Civil de 2002 permitem aferir que não é admitida distinção alguma entre filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, no que concerne a nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão, vedando ainda designações discriminatórias relativas à filiação⁸⁷.

Dessa forma, todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção constitucional, seja em nível patrimonial, seja na esfera existencial, de modo que é repelida do sistema jurídicos toda e qualquer norma que preveja um tratamento discriminatório⁸⁸.

2.2.7. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia fundamental conduzem à compreensão da necessidade especial de proteção constitucional voltada à infância e juventude, período da vida em que o ser humano se encontra em particular condição de fragilidade. Nesse momento existencial, a violação de direitos fundamentais geralmente acarreta consequências que tendem a ser irreversíveis ou de difícil reparação.

Nesse contexto, a Declaração dos Direitos da Crianças, aprovada na Assembleia Geral da ONU de 1959, tendo o Brasil como um dos seus signatários, já reconhecia – ao lado do princípio da universalização dos direitos da infância, reconhecendo as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos – o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente⁸⁹. Consoante esse princípio, deve-se buscar, em todos os casos concretos, a solução que melhor atenda aos interesses jurídicos da criança e

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 36-37.

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 112-113.

⁸⁹ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 61.

do adolescente, tendo prioridade sobre qualquer outro interesse ou bem tutelado juridicamente.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem por objetivo também concretizar substancialmente o princípio fundamental de isonomia, previsto no art. 3º, IV c/c art. 5º, *caput*, da Carta Magna, vedando qualquer forma de discriminação por razão de idade. Dessa forma, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é encampado pelo o art. 227 da Constituição, que, tendo como destinatários da a família, a sociedade e o Estado, afirma a princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, de modo a garantir o integral desenvolvimento da sua personalidade⁹⁰.

Pouco tempo após a promulgação da nova ordem constitucional, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi reforçado também pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, e ratificada pelo Brasil em 1990.

2.2.8. Princípio da proteção integral

Do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente decorre a garantia constitucional da proteção integral da infância e da adolescência, prevista nos vários parágrafos e incisos do art. 227 da Carta Magna. O princípio da proteção integral da infância e da adolescência, também reafirmado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, foi acolhido pelo art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Consoante o mandamento constitucional, o princípio da proteção integral da infância e adolescência vincula e responsabiliza os vários atores sociais com elas relacionados. Assim, a família deve assumir a responsabilidade pela manutenção da integralidade física e psíquica; a sociedade pela convivência coletiva harmônica; e o Estado pelo planejamento, desenvolvimento e implementação das políticas públicas

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 37.

pertinentes⁹¹. Há que se ressaltar a particular implicação no princípio da proteção integral dos conselhos tutelares e das entidades de acolhimento e de abrigamento das crianças e adolescentes, de modo a superar o vexatório passado de violação de direitos perpetrados por unidades da FEBEM e instituições congêneres.

2.2.9. Princípio da primazia da convivência familiar

Como visto, o princípio da proteção integral da infância e da adolescência visa permitir o pleno desenvolvimento do indivíduo. Desse princípio decorre o princípio da primazia da convivência familiar, requisito indispensável para o pleno amadurecimento da criança. A convivência familiar é um dos direitos assegurados constitucionalmente à criança e ao adolescente, previsto no art. 227, *caput*, da Lei Maior. A vivência familiar, em ambiente de afeto e cuidado, onde possa crescer, brincar, ser compreendida e amparada, é uma necessidade básica da pessoa em formação⁹². Os estudos psicológicos demonstram que os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, permitindo que a personalidade se estruture de modo eficaz⁹³.

Ademais, além de essencial para o desenvolvimento físico, mental e social da pessoa humana, o fortalecimento dos vínculos de família permite uma melhor integração na comunidade. Por essa razão, o texto constitucional refere-se a “*convivência familiar e comunitária*”, isto porquanto, não raro, uma vez privado da convivência familiar, o infante abrigado ou institucionalizado se vê também segregado da vida comunitária.

Por essa razão, seguindo o princípio constitucional da primazia da convivência familiar, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que o abrigamento institucional deve se dar em caráter excepcional, quando esgotados outros recursos, e pelo menor tempo possível. De modo similar, o

⁹¹ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 76.

⁹² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da criança e do adolescente**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 75.

⁹³ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 151.

inciso V do art. 227 da Constituição Federal prevê que a aplicação de medida privativa de liberdade, quanto incurso o adolescente em ato infracional, deve observar ainda a brevidade, a excepcionalidade e o respeito à condição de pessoa em desenvolvimento.

2.2.10. Princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar

O exercício da parentalidade no contexto de um planejamento familiar consciente e bem esclarecido beneficia crianças e adolescentes, na medida em que eles passam a ter assistência material, afetiva, moral e intelectual, decorrentes do exercício da paternidade responsável⁹⁴. Nesse sentido, o princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar decorre dos princípios do melhor interesse, da proteção integral e da primazia da convivência familiar.

O texto constitucional assegura o princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar no §7º do art. 226, dispondo que o planejamento familiar é de livre decisão do casal – o que, consoante o princípio da isonomia fundamental, deve ser estendido também para quem responsável por família monoparental ou anaparental, uma vez que a parentalidade pode se constituir por outros meios que não os exclusivamente reprodutivos, os quais também devem estar albergados pelo princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar.

2.2.11. Princípio da responsabilidade parental

A paternidade responsável é o termo *a quo* do dever de cuidado, que se concretiza, dia a dia, no exercício da responsabilidade parental, que pode ser compreendida como o termo *ad quem* dessa relação. A afetividade e o dever de cuidado são as características fundamentais da parentalidade.

⁹⁴ BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas, e práticas do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 84-86.

Como princípio constitucional, a responsabilidade parental está presente no art. 229 do Texto Fundamental.

Dessa forma, é possível derivar da *ratio* constitucional a opção do constituinte de estabelecer a responsabilidade familiar, fundada no afeto e no cuidado, como princípio norteador das relações familiares ⁹⁵, tutelando o comportamento das pessoas que compõem o núcleo familiar no sentido da garantia dos direitos fundamentais da infância e adolescência.

Assim, é fundado no princípio da responsabilidade parental que são derivadas as normas que visam coibir o abuso do poder familiar, a alienação parental, o abandono material ou afetivo. Apenas quando gravemente violado este princípio será possível a instituição de procedimento de destituição do poder parental, conduzindo, em alguns casos, na constituição de uma parentalidade substitutiva.

2.2.12. Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade, normalmente concebida apenas como um valor ético ou moral, por opção do constituinte originário, assumiu valor jurídico, alçada à posição de princípio constitucional⁹⁶, uma vez que se tornou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante disposição normativa constante do art. 3º, I, da Carta Magna, no sentido da consecução de uma comunidade nacional solidária.

Consoante o princípio da afetividade, como exposto acima, o afeto se torna valor jurídico tutelável na medida em que das relações de convivência familiar e das relações de parentalidade decorrem obrigações e responsabilidades, como, por exemplo, as decorrentes do princípio da responsabilidade parental. Assim, da mesma forma que é possível extrair da hermenêutica constitucional uma afetividade jurídica objetiva, é possível também estabelecer o princípio da solidariedade familiar, uma vez que ela deve estar presente em todas as relações familiares, como vínculo de ajuda

⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 113.

⁹⁶ CARVALHO, 2017, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 106.

mútua no projeto eudemônico de realização pessoal, de modo que a relação familiar só se pode sustentar e desenvolver de forma saudável e produtiva em ambiente de apoio mútuo, compreensão e cooperação⁹⁷.

O princípio da solidariedade familiar orientou diversos artigos do Código Civil de 2002, como na prestação de alimentos, no dever de lealdade e de mútua assistência. Assim, no âmbito das relações familiares, o princípio da solidariedade se expressa no auxílio mútuo, na assistência material e moral, na proteção, no cuidado e no amparo.

2.3. Legislação infraconstitucional pós 1988

O texto da Constituição Federal de 1988 alterou o paradigma constitucional vigente, trazendo novos princípios para o direito de família, as relações de parentalidade e a proteção jurídica da infância e da adolescência. Por óbvias razões, a conclusão imediata é que as normas, então vigentes, tanto do Código Civil de 1916, quanto Código de Menores de 1979, não foram recepcionadas pelo texto constitucional. Tornaram-se, logo em seguida, também incompatíveis com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, que foi ratificada pelo Brasil e recepcionada no ordenamento pátrio. Assim, tornou-se premente a aprovação de novos instrumentos legais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069/1990, ao contrário do antigo Código de Menores, assumiu a concepção de que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, e não meros objetos da tutela jurisdicional. Dessa forma, consolidou os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, assegurando que eles, por possuírem a particular condição de pessoa em desenvolvimento, devem ser titulares de direitos especiais⁹⁸.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente rompeu com o paradigma de “menor irregular”, afirmando que todas as crianças e todos os adolescentes são destinatários das medidas protetivas, cuja aplicação passa pela intervenção do Conselho Tutelar, órgão garantidor, ao lado da família e do Estado, dos

⁹⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 93.

⁹⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 74.

direitos infanto-juvenis, cujos membros são eleitos, para mandatos temporários, dentre membros da própria comunidade local. A ação autônoma e concomitante do Conselho Tutelar, do Ministério Público, dos órgãos governamentais – v.g. Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), Adolescentro –, de entidades da sociedade civil organizada e da própria vara especializada do Poder Judiciário, formam uma rede protetiva mais abrangente, minimizando as situações em que o próprio Estado figurava como violador dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes⁹⁹.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou a adoção para menores de 18 anos, diante dos princípios constitucionais da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, adotou o paradigma de que o interesse prevalecente no processo de adoção é o do adotando, e não o do adotante¹⁰⁰. Assim, previu, no art. 43, que a adoção, ainda que fundada em motivos legítimos, só será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando. O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou ainda os procedimentos de acompanhamento de crianças e adolescentes em situação de risco, destituição do poder familiar, abrigamento institucional e colocação em família substituta.

O Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406/2002, trouxe os princípios constitucionais para os institutos do direito civil, estabelecendo um novo marco legislativo, agora inserto no paradigma constitucional. Assim, quanto ao direito matrimonial, constante dos arts. 1.511 a 1.590, adotou prescrições consoante o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges. No que se refere às relações de parentesco, dispostas nos arts. 1.591 a 1.595, disciplinou regras garantidoras da isonomia entre os filhos, eliminando a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, e entre os filhos naturais e os adotivos. Estabeleceu ainda o conceito de poder familiar, em substituição ao antigo pátrio poder, consoante o princípio constitucional da isonomia entre homens e mulheres.

No mesmo ano, Lei nº 10.421/2002, em atendimento aos princípios da igualdade entre os filhos, da proteção integral e do melhor interesse para a criança,

⁹⁹ VOGEL, Arno. *Do Estado ao Estatuto: propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil contemporâneo*. In: RIZZINI, Irene & PILOTTI, Francisco (orgs.) **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 2ª edição revista. São Paulo: Cortez, 2009, p. 320.

¹⁰⁰ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 193.

ampliou o benefício da licença-maternidade, prevista no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal e regulamentada pelo art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, assim como o salário-maternidade, regulamentado pelo art. 71 da Lei nº 8.213/1991, para a adotante ou detentora da guarda judicial para fins de adoção.

Todavia, o mencionado diploma legal conferiu um escalonamento etário que, no contexto da adoção, era completamente equivocado. As referidas normas reguladoras possuíam a seguinte redação:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º [esse parágrafo previa multa para o empregador que obstasse o direito à licença maternidade, o qual, entretanto, foi vetado].

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade. [Grifo nosso]

Tais dispositivos foram questionados na Ação Civil Pública nº 5019632-23.2011.404.7200, impetrada perante a 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC. Em decisão de 1ª instância, da lavra do Juiz Federal Marcelo Krás Borges, foi reconhecida a incompatibilidade desses dispositivos com os princípios constitucionais, determinando-se que a licença e o salário-maternidade, em caso de adoção, fossem concedidos na sua extensão máxima *“independentemente da idade do adotado”*, se criança ou adolescente. Entretanto, em 2ª instância, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou parcialmente a decisão originária, no sentido de que a licença e o salário-maternidade fossem concedidos apenas se o adotado fosse criança.

O Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) optou por não recorrer da decisão do TRF-4ª Região. A extensão dos benefícios de licença e o salário-maternidade no caso de adoção de crianças – consoante o Estatuto da Criança e do Adolescente, os menores de 12 anos –, determinada inicialmente por decisão judicial, foi regulamentada pela Lei nº 12.873/2013, que conferiu redação conforme aos arts. 392-A da CLT, assim como o salário-maternidade, regulamentado pelo art. 71-A da Lei nº 8.213/1991.

Essa sistemática legal foi alvo de crítica, uma vez que os casos de adoção tardia, mormente quando o adotado está na adolescência, exigem um período de adaptação ainda maior, razão por que eram ainda mais necessários os benefícios da licença e do salário maternidade nesses casos. Diante desse quadro, foi aprovada a Lei nº 13.509/2017, que conferiu a seguinte redação ao art. 392-A da CLT:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de **adoção de criança ou adolescente** será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. [Grifo nosso]

Ocorre que o art. 71-A da Lei nº 8.213/1991 permaneceu com a redação dada pela Lei nº 12.873/2013, gerando situação esdrúxula, na qual a adotante faz jus à licença-maternidade, mas não recebe o respectivo salário-maternidade, em clara afronta ao inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal, que prevê que a licença-maternidade será concedida sem prejuízo do salário.

Cumpre destacar que a necessidade de adequação do art. 71-A da Lei nº 8.213/1991 à nova redação do art. 392-A da CLT, conferida pela Lei nº 13.509/2017 tem sido objeto de deliberação nas duas casas legislativas, haja vista a tramitação do PL nº 6.594/2016, de autoria da Deputada Tia Eron, e do PL nº 7.826/2017, de autoria da Deputada Laura Carneiro, na Câmara dos Deputados; e do PLS nº 143/2016, de autoria do Senador Telmário Mota, no Senado Federal.

Ainda no que concerne à adoção, convém lembrar a aprovação da Lei nº 12.010/2009, conhecida como Lei Nacional de Adoção. Essa lei, acolhendo os princípios constitucionais da primazia da convivência familiar, da responsabilidade parental e da solidariedade familiar, prioriza a manutenção da criança e do adolescente na família natural, ressalvada a absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada. A destituição do poder familiar é medida extrema e deve ser aplicada após frustradas as ações voltadas para a orientação, apoio e promoção da

família natural e extensa¹⁰¹. A colocação em família substituta, mediante o processo de adoção, deve dar-se, quando ocorrida a destituição do poder familiar, do modo mais célere possível, atendo-se sempre aos princípios constitucionais da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

¹⁰¹ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 685.

3. A FAMÍLIA DIANTE DO ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

A entidade familiar contemporânea é toda e qualquer comunidade de afeto, cuidado, auxílio material e espiritual, proteção, suporte, reconhecimento mútuo e realização pessoal, na qual a busca da felicidade é o elemento irradiador da convivência familiar. Se por um lado, diante de tantas mudanças, os tipos familiares parecem cada vez mais inorgânicos e fluídos; por outro lado, as relações familiares encontram-se mais humanizadas, lastreadas tanto na livre construção de projetos de vida em comum, como na autonomia privada de cada pessoa na busca da própria realização pessoal e da felicidade¹⁰².

3.1. Conceito de família na perspectiva eudemonista

A busca da felicidade tem sido reconhecida como um direito humano fundamental, associada à realização pessoal¹⁰³. A felicidade, sob ótica individual¹⁰⁴ ou coletiva¹⁰⁵, é um dos fundamentos da conduta humana moral, determinando atos, escolhas e opções de vida. Nesse sentido, uma concepção eudemonista é aquela derivada da visão ético-filosófica que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade (no grego, *eudaimonia*)¹⁰⁶. Assim, a família, na perspectiva eudemonista, é caracterizada pelo vínculo afetivo, na qual a busca de felicidade, como realização individual e como construção coletiva, é o elemento catalisador do processo de emancipação de cada um dos seus integrantes¹⁰⁷.

Esse conceito de família, associado a uma perspectiva ética-filosófica eudemonista, está em harmonia com o princípio constitucional da afetividade jurídica objetiva. Ademais, essa perspectiva envolve os membros do núcleo familiar na busca mútua da realização pessoal, de modo que a proteção jurídica da família, também por essa razão, deve deslocar-se da instituição para a pessoa. Além disso, uma vez que a personalidade da pessoa se estrutura no âmbito das relações afetivas, qualquer

¹⁰² CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias** *Op. cit.*, p. 41.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁴ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. 2nd edition (Londres: 1823). Reprinted by: Buffalo: Prometheus Books, 1988, p. 12.

¹⁰⁵ MILL, John Stuart **Utilitarismo**. Tradução de Margarida Moreira. Coleção Textos Fundamentais da Filosofia. Porto: Areal Editores, 2005, p. 58.

¹⁰⁶ JAPIASSU & MARCONDES, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de Filosofia**. 3^a edição (revista e ampliada). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 98.

¹⁰⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias** *Op. cit.*, p. 48.

definição contemporânea de família deve buscar na afetividade e no eudemonismo as bases da organização familiar, isto é, eles constituem o amálgama das relações familiares.

Dessa forma, o conceito contemporâneo de família é plural e aberto, prescindindo de um vínculo jurídico – fechado, solene e formal – para o reconhecimento da presença do *intuito familiae*¹⁰⁸. Por essa razão, consoante o princípio do pluralismo familiar – decorrente da aceitação da diversidade sócio-cultural dos dias atuais e de que certos desacordos morais devem ser tolerados em respeito aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana –, o conceito de entidade familiar deve ir além das formas previstas na Carta Magna (casamento heterossexual, união estável e família monoparental), de modo a reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros, presente o *affectio familiae*, escolhem como modo de vida para a consecução da felicidade e da realização pessoal.

3.2. Tipos de família

O reconhecimento das entidades familiares sob a perspectiva eudemonista põe em destaque a valorização da autonomia privada na definição dos modos de vida e de organização do núcleo familiar. Nesse contexto, a intervenção do Estado nas relações familiares deve ser mínima, atuando apenas na garantia dos direitos fundamentais. Não cabe ao Estado, por exemplo, promover consensos sobre o tipo de família hipoteticamente considerada como ideal, em detrimento de outras possíveis formas de constituição das entidades familiares. Não é possível, sem a violação aos princípios constitucionais do melhor interesse e da dignidade da pessoa humana, que algumas entidades familiares sejam protegidas, enquanto outras sejam excluídas da proteção constitucional, apenas por falta de menção expressa no texto normativo¹⁰⁹.

Nesse contexto, o princípio da pluralidade das entidades familiares impõe a proteção constitucional das famílias heteroafetivas, assim como das homoafetivas, impedindo a discriminação motivada pela orientação sexual; o mesmo vale para as

¹⁰⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – RBDFAM**, Porto Alegre: Síntese/IBDFam, n. 12, jan./mar. 2002, p. 46.

famílias constituídas a partir do casamento (religioso ou civil) ou da união estável (declarada judicialmente ou meramente convivencial), impedindo a discriminação motivada pela formalidade do compromisso afetivo; de modo similar, seja considerada a família natural, seja a família extensa, seja a família substituta, impedindo a discriminação motivada pela origem das relações de parentalidade; e também das famílias biparentais, monoparentais, anaparentais, pluriparentais (reconstituídas ou recompostas), impedindo a discriminação motivada pelos tipos de relações de parentalidade. Assim, é de se lhe reconhecer a produção de todos os efeitos inerentes a essas entidades familiares, seja no campo patrimonial, seja no campo existencial¹¹⁰.

Em suma, o direito constitucional contemporâneo – e o direito de família dele derivado – deve garantir e proteger os direitos fundamentais inerentes às diversas formas de família, constituídas pela convivência e pelo afeto entre seus membros, sem levar em consideração – como parâmetro de reconhecimento jurídico ou critério de inclusão ou exclusão para o abrigo constitucional – a orientação sexual, a espécie de vinculação afetiva, o liame biológico e hereditário. Atualmente, o elemento agregador da entidade familiar e necessário ao seu reconhecimento é afetividade jurídica objetiva, identificável em toda entidade familiar, tida sob a perspectiva eudemonista, que se realiza na felicidade e na proteção de cada um dos membros que a integra¹¹¹. A seguir são detalhados alguns dos tipos familiares presentes na sociedade brasileira contemporânea.

3.2.1. Família matrimonial

A família matrimonial é caracterizada por se constituir em torno de um ato solene, que define um regime de bens e que estabelece um compromisso mútuo de fidelidade afetiva, com o reconhecimento de cada um dos compromitentes do *status* de cônjuge em relação ao outro¹¹².

Consoante o art. 1.514 do Código Civil, a família matrimonial constitui-se com base no casamento civil, ao qual pode ser equiparado, nos termos do art. 1.515 do mesmo diploma, o casamento religioso. Há que se

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 41.

¹¹¹ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 39.

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 179.

destacar que, consoante a Resolução CNJ nº 175, de 15 de maio de 2013, não há distinção entre o casamento civil hétero e homoafetivo.

3.2.2. Família convivencial

A família convivencial estabelece-se como entidade familiar consoante a convivência pública, contínua e duradoura¹¹³, estabelecida com o objetivo de comunhão de vida e de propósitos, isto é, com a intenção de se formar uma família. A Constituição Federal, no art. 226, §3º, reconheceu a união estável como entidade familiar, tendo o Código Civil estabelecido, nos arts. 1.723 a 1.727, regras relativas a direitos, deveres e responsabilidades oriundos da relação convivencial.

Há que se destacar que não há qualquer distinção hierárquica entre o casamento civil e a união estável, de modo que ambos os institutos recebem os mesmos efeitos protetivos em relação aos seus componentes, permanecendo como única distinção relevante o meio de prova: enquanto o casamento possui prova pré-constituída (a própria certidão de casamento); a união estável normalmente constitui prova *a posteriori* (a declaração de união estável geralmente descreve uma situação de fato já constituída)¹¹⁴.

Recorde-se que, o STF, em 2011, declarou procedente a ADIN nº 4.277 e a ADPF nº 132, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conferindo ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição Federal, a fim de conferir às uniões homoafetivas o mesmo *status* constitucional da união estável heteroafetiva.

3.2.3. Família monoparental

A família monoparental caracteriza-se por ser a entidade familiar formada por um dos genitores e seus descendentes, naturais ou socioafetivos, sem a presença de um outro genitor. Esse tipo familiar, característico de

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 418.

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 448-449.

significativa parcela da população brasileira, teve seu reconhecimento encampado pelo art. 226, §4º, da Constituição Federal¹¹⁵.

Cumpre recordar que o reconhecimento das famílias monoparentais como entidades familiares pelo texto constitucional permitiu a legalização da adoção unilateral por pessoa solteira, prática que historicamente não é recente, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente não mais exige que os adotandos sejam casados, bem como pelo fato de que a idade mínima para habilitação para o processo de adoção, nos termos da Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009), é agora estabelecida em dezoito anos de idade.

3.2.4. Família anaparental

A família anaparental é aquela que ocorre sem a presença de pai ou mãe no ambiente familiar, ocorrendo, por exemplo, quando a entidade familiar é constituída por grupo de irmãos¹¹⁶. Ainda que não prevista expressamente no ordenamento pátrio, o reconhecimento dessa forma de entidade familiar se impõe, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do pluralismo familiar¹¹⁷.

¹¹⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 53-54.

¹¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 59.

¹¹⁷ Vale o registro da decisão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra da Min. Nancy Andrighi, que deferiu adoção socioafetiva conjunta a irmãos que constituíam família anaparental:

IV. O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um **núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade.**

V. A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, **o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.**

VI. Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.

VII. **O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins**

3.2.5. Família multiparental

A família multiparental refere-se a arranjos familiares em que o filho possui dois pais ou duas mães, um biológico e outro socioafetivo, sem que um exclua o outro, uma vez que há relações de convivência, afeto e dever de cuidado com ambos. Nesses casos, a situação de a filiação biológica e socioafetiva coexistirem concomitantemente é de ser reconhecida em todos os seus efeitos jurídicos¹¹⁸.

De fato, a filiação socioafetiva só deve excluir a filiação biológica nos casos de destituição do poder familiar; ou supri-la nos casos em que ela seja desconhecida¹¹⁹. Caso contrário, devem ser reconhecidos juridicamente os vínculos de parentesco presentes no quadro fático.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 898.060/SC, relator o Min. Luiz Fux, decidiu, ainda que por maioria, vencidos em parte os ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação, concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Dessa forma, essa decisão da Corte Constitucional, de 21.9.2016, reconheceu a possibilidade jurídica da multiparentalidade.

reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde **as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares**.

VIII. O fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois **os irmãos, que viveram sob o mesmo teto**, até o óbito de um deles, **agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte**.

IX. Nessa senda, **a chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA**. [Grifo nosso]

(STJ – REsp nº 1.217.415/RS, rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, julgado em 19.6.2012, DJe de 28.6.2012, 3^a Turma, decisão unânime)

¹¹⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 63-64.

¹¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 211.

3.2.6. Família pluriparental

As famílias pluriparentais, também denominadas de famílias-mosaico, ou ainda famílias complexas, reconstituídas ou recompostas, são aquelas resultantes da aglomeração de relações familiares e parentais pré-existentes. Assim, por exemplo, quando um dos parceiros possui (ou ambos os parceiros possuem) filhos de uniões anteriores, a eles podem se juntar os filhos comuns oriundos da nova relação¹²⁰. Assim, estabelecem-se uma pluralidade de relações parentais, com multiplicidade de vínculos e, por vezes, ambigüidade de papéis. Assim, constituem-se novos e duradouros laços de afetividade e solidariedade familiar, para além de vínculos biológicos, nem sempre presentes entre um e outro integrante, a depender da sobreposição das camadas de relacionamento.

3.3. Outros arranjos familiares

O atual contexto social aponta que a abertura para novos modelos de arranjo familiar, diversos da clássica família patriarcal, é um processo ainda em andamento. No momento, um dos pontos delicados é o que diz respeito à monogamia das relações amorosas¹²¹. A legislação e a jurisprudência são uníssonas na rejeição das relações bígamas.

No caso das famílias paralelas, geralmente, um dos parceiros mantém unidades familiares em concorrência, sem o conhecimento ou a concordância explícita dos consortes, cabendo a um o papel de amásio ou de concubinato. Nesses casos, há de se ponderar sempre a presença de violação ao dever de fidelidade e à boa-fé objetiva, elementos que devem estar presentes tanto no casamento quanto na união estável.

Todavia, não há hierarquia entre as entidades familiares. Assim, havendo concorrência entre casamento e união estável, ou entre uniões estáveis concomitantes, qual deve ser reconhecida pela autoridade judiciária e qual deve ser rejeitada? Do ponto

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

¹²¹ PASSOS, Anderson Santos dos. *Família de ontem e de hoje: estudo sobre os aspectos constitucionais e civis do poliamor*. In: **Revista Letras Jurídicas**, Ano 52, dezembro 2014, p. 51.

de vista da entidade familiar rejeitada, há o respeito à dignidade da pessoa humana de seus integrantes? São questões cuja resposta ainda desafia os operadores do direito.

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado um critério – não isento de questionamento – de matiz cronológico: a entidade familiar reconhecida em primeiro lugar tem privilégio sobre a entidade familiar que busca o reconhecimento posterior. Assim, por exemplo, a decisão no REsp nº 1.096.539/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27.3.2012, em que concorrentes casamento e união estável; e no REsp nº 1.157.273/RN, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18.5.2010, em que concorrentes duas uniões estáveis.

Outro modelo de arranjo familiar é o relacionamento poliafetivo. Nesse caso, trata-se de um conjunto de relações consensuais e simultâneas entre as pessoas envolvidas, que se aceitam reciprocamente e convivem coletivamente, por vontade própria e livre, com *affectio maritalis*¹²². Ainda que tal opção possa ser contrária aos valores sociais admitidos majoritariamente, o papel das garantias constitucionais não reside especificamente na proteção jurídica das minorias, dentro do contexto dos desacordos morais aceitáveis?

Assim, ante os princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, uma visão garantista do direito deve postular que as pessoas são livres para adotar a opção sexual que lhes convier, desde que essa opção não fira direitos fundamentais de outrem. Nesta perspectiva, o postulado da não admissão de discriminação das pessoas por conta de sua orientação sexual, já adotado para as relações homoafetivas, deveria também ser aplicado às relações poliafetivas, o que ainda não ocorre no ordenamento jurídico nem na jurisprudência. Mesmo na doutrina, a questão ainda aparece timidamente delineada, não obstante a sua relevância.

¹²² PASSOS, Anderson Santos dos. *Família de ontem e de hoje: estudo sobre os aspectos constitucionais e civis do poliamor*. In: **Revista Letras Jurídicas**. *Op. cit.*, p. 58.

4. A CONSTRUÇÃO E A DESCONSTRUÇÃO DA PARENTALIDADE

Uma das consequências da personalização dos institutos do direito civil é a mudança de paradigma na definição das relações de parentalidade e filiação. Nesse sentido, a transmissão da carga genética, dado tradicionalmente tão crucial para a definição das questões patrimoniais, torna-se elemento de menor importância, frente ao princípio da afetividade, que marca a definição das questões existenciais¹²³.

Assim, para que a experiência da filiação seja vivenciada, não é imprescindível que o filho seja gerado biologicamente. Da mesma forma, não é necessária a transmissão de carga genética para que a parentalidade seja efetivada. Ademais, tanto o estabelecimento da relação materno/filial quanto da relação paterno/filial não demanda, necessariamente, prévio relacionamento sexual, nem mesmo quanto à filiação natural, haja vista as técnicas atuais de reprodução assistida.

De fato, a parentalidade também abrange, como elemento essencial na perspectiva eudemonista da relação familiar, a vinculação afetiva, que deflui da vivência cotidiana, do cuidado, da solidariedade, da participação ativa no processo de crescimento e de amadurecimento da criança e do adolescente, entendidos como pessoas em desenvolvimentos, que procuram nos pais um modelo seguro para a construção da própria identidade pessoal. Esse cenário, abre uma nova perspectiva para conceituar-se a parentalidade.

4.1. Conceito de parentalidade

Por um lado, em uma abordagem intrínseca, é possível falar de uma tríplice dimensão da personalidade, que se constitui de modo biológico e orgânico, a partir de um substrato genético; de modo psíquico e afetivo, a partir das relações que estabelece na vida familiar e comunitária; e de modo ontológico, a partir do ser consigo mesmo e do reconhecimento da própria identidade pessoal. Daí, cada parentalidade seria constituída nessas três dimensões: a biológica, a afetiva e a ontológica, que poderiam confluir na mesma figura paterna ou materna, ou em figuras distintas, conforme cada realidade existencial¹²⁴.

¹²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 560-561.

¹²⁴ WELTER, Pedro Belmiro. *Teoria tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva*. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões (RBDfamSuc)**. n. 8. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, fev./mar. 2009, p. 118-123.

Por outro lado, do ponto de vista relacional, a parentalidade também pode ser entendida sobre três aspectos: a parentalidade biológica, decorrente dos traços de consanguinidade e da vinculação genética entre os indivíduos; a parentalidade socioafetiva, decorrente dos vínculos afetivos (marcados pelo afeto, pelo cuidado, pela ajuda mútua, pela proteção e pela assistência com vista ao pleno desenvolvimento das faculdades pessoais) e dos vínculos sociais (concretizados na posse do estado de filiação, manifesto no uso do nome, no trato cotidiano, na fama comunitária); e a parentalidade registral, decorrente da base documental de valor jurídico (tais como declaração de nascido vivo, certidão de nascimento, sentença que reconhece filiação, constitui adoção ou determina a prestação de alimentos), da qual se originam direitos, deveres e responsabilidades. Tal como dito antes, esses três aspectos podem coincidir na mesma figura materna ou paterna, ou configurar-se em pessoas distintas, a depender do caso concreto¹²⁵.

Tradicionalmente, a parentalidade/filiação é entendida como a relação de parentesco estabelecida em linha reta, no primeiro grau, entre uma pessoa e aqueles que são responsáveis pelo cuidado, proteção e desenvolvimento da personalidade, oriunda de vinculação natural – e, portanto, consanguínea e hereditária –, ou de vinculação meramente civil – e, dessa forma, de caráter adotivo. Remete-se, pois, ao vínculo jurídico existente entre as pessoas envolvidas (pai ou mãe/filho), gerando direitos, deveres e responsabilidade variados¹²⁶.

Entretanto, esse conceito tradicional é insuficiente para abarcar o paradigma constitucional, centrado também no princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da igualdade entre os filhos, da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, devem ser mencionados também que a parentalidade/filiação deve observar a não discriminação de todo e qualquer tipo de filho; ser orientada à proteção integral e ao melhor interesse da criança e do adolescente, independentemente de sua origem; favorecer a realização pessoal e o pleno desenvolvimento das faculdades humanas, em uma perspectiva eudemonista, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana; e ser compreendida sob uma visão

¹²⁵ CHAVES, Adalgisa Wiedemann. *A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva)*. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 31, p. 143-152, ago/set 2005, p. 143-152.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 506-507.

personalista e despatrimonializada, privilegiando mais os valores existenciais, do que, simplesmente, voltada para a transmissão de herança¹²⁷.

4.2. Tipos de parentalidade

Como visto, as relações de parentalidade não são unívocas, se constituindo a partir de distintos aspectos e dimensões. As relações interpessoais são cada vez mais fluídas e transitórias, mas, relativas à parentalidade, não podem ensejar a diminuição dos direitos de filiação. O regular exercício do poder familiar deve ser pautado pela constituição de relações saudáveis, pela presença do afeto e do cuidado, pela capacidade de promover a dignidade da pessoa humana e servir de alicerce necessário ao pleno desenvolvimento do indivíduo. Nesse contexto, na moderna concepção do direito de família, a análise das relações de parentalidade deve ser pautada pelo predomínio dos valores existenciais sobre os materiais¹²⁸.

4.2.1. Parentalidade biológica ou natural

O fundamento da relação de parentalidade/filiação biológica ou natural está na transmissão do patrimônio genético, mediante a contribuição hereditária de cada um dos genitores. Habitualmente, ressalvados os casos de fecundação extrauterina, de procedimento inadequado para identificação de recém nascido em maternidade e de parto clandestino, o reconhecimento de filiação em relação à mãe biológica não é problemático, uma vez que decorre do próprio parto. Quanto ao reconhecimento da filiação em relação ao pai biológico, historicamente, dava-se por presunção¹²⁹.

A descoberta do código genético, o desenvolvimento do exame de DNA e o avanço das técnicas de reprodução assistida mudaram o paradigma histórico da parentalidade biológica. Por um lado, ressalta-se que o avanço das técnicas de reprodução assistida tornou mais complexa a relação de parentalidade natural, uma vez que tornou possível a desconexão entre o ato

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 563.

¹²⁸ DAVID, Feliipe Guerra Reis; BERLINI, Luciana Fernandes. *A autonomia do adotado no direito à identidade biológica e a conjugação de parentalidades*. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, vol. 14, p. 41-55, out/dez 2017, p. 46.

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 608.

sexual, a transmissão do patrimônio genético e a gestação¹³⁰. Doutra parte, o desenvolvimento do exame de DNA, decorrente da descoberta do código genético, permitiu superar os limites da presunção relativa à determinação da paternidade biológica. Assim, a técnica forense é capaz de determinar, com alto grau de precisão, a paternidade e a maternidade biológica, mediante verificação do patrimônio genético transmitido ao filho, permitindo o desenvolvimento de procedimento de investigação de paternidade ou maternidade¹³¹.

Entretanto, o reconhecimento da paternidade biológica muitas vezes conduz apenas à constituição de uma paternidade/filiação registral. O processo de investigação de paternidade é incapaz de produzir afeto. De fato, apenas com a convivência familiar entre pai e filho é possível constituir-se a parentalidade afetiva.

4.2.2. Parentalidade socioafetiva

A relação de parentalidade/filiação socioafetiva não está lastreada no vínculo relativo à mera transmissão do patrimônio genético, mas é construída cotidianamente a partir do respeito recíproco, da experiência do afeto e do cuidado, do sentimento de confiança e de proteção. Trata-se do sentimento de vinculação paterno ou materno/filial, que emerge como ato de vontade e como escolha motivada pelo amor¹³².

Quando consolidada a relação de parentalidade/filiação socioafetiva, a verdade biológica e o *status* jurídico podem ser colocados em segundo plano, privilegiando-se as expressões sociais típicas do estado de filho. Nessa situação, o reconhecimento pessoal, familiar e comunitário da relação de parentalidade/filiação socioafetiva geralmente antecipa o reconhecimento jurídico propriamente dito. Assim, o critério socioafetivo representa uma verdadeira desbiologização da filiação, com a prevalência

¹³⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 530.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 572-577.

¹³² CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 531.

dos parâmetros afetivos e sociais¹³³. Tais parâmetros são oriundos de histórias de vida, de encontros e desencontros, tais como os que se originam, por exemplo, entre madrasta ou padrasto em relação a enteado.

4.2.3. Pluripaternidade

Não raro, a relação de parentalidade/filiação socioafetiva desenvolve-se ao largo da de parentalidade/filiação biológica. Todavia, deve-se entender que não há uma subordinação hierárquica entre elas. Assim, ainda que tenha um genitor socioafetivo, não se deve negar à criança ou ao adolescente a identificação do seu patrimônio genético, com todas as implicações daí advindas¹³⁴.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral nº 622, julgada em 22.9.2016, estabeleceu a tese de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

4.2.4. Parentalidade afetiva (*strictu sensu*)

A relação de parentalidade/filiação estritamente afetiva é aquela que decorre do processo de adoção, no qual está ausente qualquer outra vinculação entre o adotante e o adotado.

No atual paradigma constitucional, a relação de parentalidade/filiação estritamente afetiva deve estar lastreada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da proteção integral, do melhor interesse da criança e do adolescente, e da primazia da convivência familiar.

¹³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 610-611.

¹³⁴ DAVID, Fellipe Guerra Reis; BERLINI, Luciana Fernandes. *A autonomia do adotado no direito à identidade biológica e a conjugação de parentalidades*. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 47.

Nesse sentido, não é mais conforme à Constituição a concepção de que a adoção tem a finalidade de atender a necessidades dos adotantes, como nos casos de infertilidade. A relação de parentalidade/filiação estritamente afetiva não tem por escopo prover filhos a casais inférteis¹³⁵.

Outra concepção a ser superada é a de que a relação de parentalidade/filiação estritamente afetiva trata-se de uma “ficção legal” (idem, p. 592), destinada a criar uma parentalidade/filiação substituta, cortando-se os laços do adotado com a família de origem para tornar mais perfeita a *imitatio familiae*¹³⁶. Subjaz a essa concepção a noção de que a parentalidade/filiação biológica é a única regular e autêntica, sendo a parentalidade/filiação afetiva uma criação fictícia para atender crianças e adolescentes em situação irregular, mas capaz apenas de construir uma entidade familiar que se revela como imitação tosca e imperfeita das famílias de verdade, fundadas na preservação do patrimônio genético e material.

Na verdade, a parentalidade/filiação estritamente afetiva deriva de um longo processo, que envolve experiências vivenciais díspares entre adotado e adotante. Geralmente, o adotado traz uma experiência traumática da relação de parentalidade/filiação biológica, marcada pelo abandono afetivo e material e pela violação de direitos, motivadores da destituição do poder familiar original e do abrigamento institucional. De outra parte, muitas vezes, o adotante é motivado por processos de perda, de frustração e de fracasso, como os decorrentes de situações de infertilidade, de perda gestacional e neonatal, de luto pelo falecimento de entes queridos.

Nesse contexto, a parentalidade/filiação estritamente afetiva deve ser entendida como aquela resultante exclusivamente de um processo afetivo, que passa por etapas sucessivas de vivência, marcadas pelos estágios de idealização, aproximação, convivência e, finalmente, filiação. Trata-se de

¹³⁵ Não obstante, ainda hoje, a doutrina registra que:

[a adoção] é uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que **tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou** e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado.

(DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, 2018, p. 593)

¹³⁶ Idem, *ibidem*, p. 616.

um processo que independe da parentalidade biológica – ainda que precise superar os reflexos dos traumas vividos –, mas que não a elimina nem a substitui.

Por essa razão, significativa parcela dos filhos adotivos, mesmo diante de uma relação de parentalidade/filiação estritamente afetiva bem resolvida, demanda o conhecimento da sua origem biológica. Trata-se de um direito fundamental, denominado de direito à ancestralidade, razão por que foi garantida em lei a autonomia do filho quanto ao exercício desse direito de conhecer sua identidade biológica¹³⁷. Destaca-se que não há uma implicação direta entre conhecer a origem biológica e estabelecer, de imediato, uma mudança de filiação¹³⁸.

Em primeiro lugar, é comum nas hipóteses de adoção a destituição da autoridade parental decorrer de conduta do genitor, seja omissiva, nos casos de abandono afetivo e material, seja comissiva, em casos de abusos e violações diretas de direitos fundamentais. Nessa situação, a inclusão de genitor ou genitores biológicos violaria o melhor interesse da criança e não atenderia aos fundamentos legais e constitucionais para o reconhecimento da multiparentalidade¹³⁹.

Por outro lado, tendo a adoção ocorrido pela ausência da parentalidade registral, e o procedimento de investigação de maternidade ou paternidade resultar em identificação positiva, pode vir a ocorrer um processo posterior de aproximação, reconhecimento e vinculação. Como não se trata da reabilitação de uma parentalidade destituída, mas da constituição de uma parentalidade ausente, pode ocorrer de a coexistência dos vínculos atender ao melhor interesse do adotado, não sendo inviável, mesmo em se tratando de adoção, reivindicar-se a inclusão da paternidade biológica, sem prejuízo da filiação adotiva.

Em suma, o parâmetro constitucional revela que não deve haver uma prevalência apriorística de uma parentalidade em detrimento da outra,

¹³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 618.

¹³⁸ DAVID, Feliipe Guerra Reis; BERLINI, Luciana Fernandes. *A autonomia do adotado no direito à identidade biológica e a conjugação de parentalidades*. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 46.

¹³⁹ Idem, *ibidem*, p. 50.

ou dos aspectos patrimoniais sobre os aspectos existenciais. Assim, sempre que a parentalidade biológica, afetiva e registral não recair sobre a mesma pessoa, deve-se estabelecer, observados os princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente, uma abordagem isonômica entre os diversos tipos de parentalidade/filiação¹⁴⁰.

4.3. A construção da parentalidade

Diante do que já exposto, percebe-se que, tida apenas em relação a cada um dos seus elementos constitutivos – biológica, afetiva, registral –, a parentalidade será sempre parcial e incapaz de cumprir sua missão primordial, qual seja, de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa em maturação. Daí, que se pode afirmar que a parentalidade não é dada, de modo apriorístico, mas é construída mediante as condições existenciais de sua efetivação.

Um adágio publicitário do início dos anos 80 afirmava que *“não basta ser pai, tem que participar”*. No contexto de então, essa afirmativa já permitia entrever que o dado biológico, *per si*, não é elemento definidor e determinante da parentalidade. A literatura registra inúmeros casos em que um dos genitores, mesmo sabendo do vínculo genético, não assume o filho nem exerce o papel de prover afeto, cuidado e assistência moral e material. O abandono afetivo pode ocorrer mesmo havendo a coabitação entre genitor e prole. Dessa forma, também se afirma que todo genitor deve adotar afetivamente o filho biológico, pois só assim será constituída, de fato, uma relação de parentalidade/filiação¹⁴¹.

Consoante os princípios constitucionais, a parentalidade, enquanto situação jurídica, pode constituir-se a partir do substrato genético, social ou meramente afetivo, realiza-se primordialmente no melhor interesse da criança. A relação de parentalidade deve efetivar-se, sobretudo, no seu aspecto existencial, e não apenas em seu aspecto

¹⁴⁰ DAVID, Fellipe Guerra Reis; BERLINI, Luciana Fernandes. *A autonomia do adotado no direito à identidade biológica e a conjugação de parentalidades*. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª Edição. São Paulo: GEN Jurídico, p. 133.

patrimonial¹⁴². Por essa razão, nem sempre, o procedimento de investigação de parentalidade, com o sucessivo reconhecimento registral, é bem sucedido. Isso porque a sentença que declara a relação de parentalidade biológica possui sempre o condão de gerar direitos, deveres e obrigações, mas nem sempre é bem sucedida em gerar vinculação afetiva. Assim, a parentalidade resultante, ainda que biológica e registral, é débil e, com frequência, gera frustração e revolta adicionais.

De outra parte, é cada vez mais comum a constituição de entidades familiares reconstituídas ou recompostas, em que os pares da relação trazem, isoladamente ou em conjunto, filhos havidos de relacionamentos anteriores. Também aqui, a parentalidade socioafetiva não surge de imediato, pela simples ocupação de um espaço social de parceiro afetivo do genitor. Pelo contrário, ela se constrói paulatinamente, no cotidiano das relações familiares, seja pelo investimento afetivo, seja pelas ações de cuidado e assistência moral e material, seja pelo respeito e reconhecimento mútuo. Apenas diante da convivência, bem como da superação de dificuldades e conflitos, é que se torna possível emergir, no ambiente familiar e comunitário, o fato de o filho gozar da posse do estado de filho, tornando real o vínculo parental de origem civil.

Dessa forma, a parentalidade integral não se caracteriza pela simples origem genética, pela mera presunção legal ou mesmo pelo reconhecimento jurídico, mas dá-se, existencialmente, pelo elo da afetividade construído na convivência e na escolha de ser mútua de ser mãe/pai e reconhecer-se filha/filho¹⁴³.

4.4. A desconstrução da parentalidade

A parentalidade é construída a partir da experiência cotidiana do afeto e do cuidado. Interessa à tutela jurídica a afetividade objetiva, que se manifesta no dever de cuidado. Não há como se exigir juridicamente o sentimento. A afetividade objetiva, liame necessário ao exercício da parentalidade, não é obrigação de amor; mas obrigação de cuidado, atenção e respeito. O dever de cuidado, que decorre do princípio da afetividade,

¹⁴² DAVID, Felliipe Guerra Reis; BERLINI, Luciana Fernandes. *A autonomia do adotado no direito à identidade biológica e a conjugação de parentalidades*. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 43-44.

¹⁴³ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 557.

da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente abrange mais que um momento de atenção, de proteção e de assistência.

Na verdade, o dever de cuidado representa uma atitude de responsabilização e de envolvimento afetivo¹⁴⁴. A parentalidade vincula e responsabiliza. Por essa razão, a falta da afetividade jurídica objetiva ou do dever de cuidado, seja mediante o abandono afetivo, seja mediante o abandono material, mina as relações de parentalidade, corroendo-as por dentro, chegando até por desconstruí-las totalmente. Isso decorre do fato de que, como dito, o afeto e o cuidado são necessidades existenciais básicas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente aponta, corretamente, no art. 23, que a falta ou a carência de recursos materiais não deve constituir motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar. Dessa forma, diante de eventual insuficiência econômica – se presentes a afetividade jurídica objetiva e o dever de cuidado –, a criança ou o adolescente deverá ser mantido em sua família de origem, preservando-se as relações de parentalidade constituídas. Todavia, é dever do Estado, consoante se extrai do mandamento constitucional inserto no art. 226, *caput* c/c art. 227, *caput* e §1º, instituir políticas públicas e programas oficiais de auxílio (v.g. renda mínima, capacitação profissional, benefício social para idosos e incapacitados), fazendo com que a família obtenha recursos materiais, minimamente necessários, para a manutenção hígida da estrutura familiar¹⁴⁵.

¹⁴⁴ O dever de cuidado pode ser entendido sob um prisma existencial:

Entretanto, o cuidado é ainda algo mais que um ato e uma atitude entre outras. [...] Disse-o o filósofo que melhor viu a importância essencial do cuidado, Martin Heidegger (1889-1976), em seu famoso *Ser e tempo*: “Do ponto de vista existencial, o cuidado se acha a priori, antes de toda atitude e situação do ser humano, o que significa dizer que ele se acha em toda atitude e situação de fato”. Quer dizer, o cuidado se encontra na raiz primeira do ser humano, antes que ele faça qualquer coisa. [...]

[...] O cuidado entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo-de-ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano.

Sem o cuidado, ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado, desde o nascimento e até a morte, o ser humano desestrutura-se, definha, perde sentido e morre. [...] Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana. [...] Nas palavras de Martin Heidegger: “*cuidado significa um fenômeno ontológico-existencial básico*”. Traduzindo: um fenômeno que é a base possibilitadora da existência humana enquanto humana.

(BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. 20ª Edição. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2014, p. 34)

¹⁴⁵ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 158-159.

Por outro lado, deve-se ter em conta que o poder familiar configura um *múnus público* a ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados. Dessa forma, o exercício do poder familiar, ainda que desenvolvido no âmbito privado, é controlado pelo Estado, que estabelece requisitos mínimos necessários ao bem estar dos filhos. Assim, se comprometida a afetividade jurídica objetiva ou o dever de cuidado, mediante provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, faculta-se ao magistrado – nos estritos limites dos arts. 1.635 a 1.638 do Código Civil – suspender temporariamente o poder familiar, em vista dos princípios constitucionais da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Sendo decretada a suspensão do poder familiar, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, deverá ser nomeado curador especial para cuidar dos interesses dos filhos que se encontram temporariamente privados da figura parental. Garantido o bem estar da criança e do adolescente e desaparecida a causa que deu origem à suspensão, poderá ser retomado o pleno exercício do poder familiar¹⁴⁶.

A destituição do poder familiar, sanção mais grave do que a suspensão, opera-se por sentença judicial, abrangendo toda a prole, e não somente um filho ou alguns dos filhos, de modo que extingue a relação de parentalidade existente. A perda do poder familiar, via de regra, é permanente, por força do art. 1.635, V, do Código Civil. Entretanto, a doutrina reconhece a possibilidade de o exercício do poder familiar ser restabelecido de modo excepcional, caso provado em processo judicial de caráter contencioso, ter se regenerado o genitor (ou genitores) ou ter desaparecida a causa motivadora¹⁴⁷.

As causas autorizadoras para destituição do poder familiar podem ser elencadas da seguinte forma:

- a) castigos imoderados, tornando o filho vítima de maus tratos (art. 1.638, I, do Código Civil), fato que também afronta a Lei nº 13.010/2014 (Lei da Palmada), que garante o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante;

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 653-654.

¹⁴⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 727-728.

- b) abandono moral (abandono afetivo, abandono psíquico/cognitivo, abandono intelectual) e/ou abandono material, cabendo destacar que a mera falta de recursos não constitui pressuposto para a destituição do poder familiar (art. 1.638, II, do Código Civil c/c arts. 244 e 246 do Código Penal);
- c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, configurando perigo moral ou expondo o infante a ambiente promíscuo e degradante, ou ainda comportamento nocivo e irresponsável oriundo de uso de substância entorpecente, causadora de severa dependência química (art. 1.638, II, do Código Civil c/c arts. 155 a 163 do ECA);
- d) incidir, reiteradamente, no abuso de autoridade, na falta dos deveres paterno-maternos, na dilapidação dos bens da prole ou na prática de crimes puníveis com mais de dois anos de prisão (art. 1.638, IV c/c art 1.637, ambos do Código Civil);
- e) entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção (art. 1.638, V, do Código Civil – inciso inserido pela Lei nº 13.509/2017);
- f) praticar homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente (art. 1.638, parágrafo único, do Código Civil – parágrafo inserido pela Lei nº 13.715/2018); e
- g) praticar estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão, contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente (art. 1.638, parágrafo único, do Código Civil – parágrafo inserido pela Lei nº 13.715/2018).

Convém destacar que a enumeração legal não é taxativa, uma vez que o inciso IV do art. 1.638 contém cláusula geral. Ademais, a decretação da perda do poder familiar reconhece que estão ausentes a afetividade jurídica objetiva e o dever de cuidado,

situação que compromete significativamente a integridade e o bem-estar da criança e do adolescente.

4.5. A reconstrução da parentalidade mediante o instituto da adoção

O vínculo de parentalidade é essencial para o pleno desenvolvimento do ser humano em formação. O afeto e o cuidado são essenciais para a sua constituição de ser, para a formação da sua personalidade, para o reconhecimento de si e do outro. O processo de desconstrução da parentalidade – decorrente do abandono material e afetivo, do abuso físico, moral, psíquico e sexual, da violação dos direitos humanos mais fundamentais – é um evento traumático, que coloca crianças e adolescentes no limite de sua condição existencial.

Nesse sentido, a finalidade primordial da adoção é a reconstrução do vínculo de parentalidade, pela constituição de uma parentalidade afetiva – ainda que ausentes a parentalidade biológica e a parentalidade registral (esta, ao menos até a conclusão do processo de adoção) –, oriunda da afetividade jurídica objetiva e do dever de cuidado, que se concretiza pelo zelo como o desenvolvimento físico, a educação moral e o cultivo intelectual do adotado¹⁴⁸. Assim, a proteção do interesse do adotando deve ser o objeto jurídico primordial do processo de adoção.

A Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009) considera a colocação de crianças e adolescentes em família substituta adotiva uma medida extrema e excepcional, privilegiando a manutenção da criança e do adolescente junto à família natural, tornando ainda mais rigoroso o procedimento de adoção. Assim, a colocação em família substituta somente ocorre na absoluta impossibilidade de manutenção ou reintegração da criança ou do adolescente à sua família natural ou extensa¹⁴⁹.

Há de se questionar se tornar o processo de adoção ainda mais rigoroso realmente atende ao melhor interesse da criança, dados os inconvenientes do acolhimento institucional. Ainda mais quando se considera que o processo de destituição do poder familiar é demorado, pois retirar uma criança ou adolescente do

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 617.

¹⁴⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. *Op. cit.*, p. 666.

convívio de seus pais, de forma permanente e irrevogável, implica um processo delicado¹⁵⁰.

O encaminhamento a um abrigo, geralmente, é iniciado diante de uma situação de risco social ou pessoal da criança e adolescente ocasionado pelo processo de desconstrução da parentalidade, geralmente marcado por situações de negligência, agressão física, psicológica e sexual, bem como violação a direitos fundamentais da criança e do adolescente. Diante desse quadro, o Conselho Tutelar é acionado e, considerando a gravidade do caso concreto ou resultando inúteis as primeiras intervenções, recomenda o abrigamento institucional, adotado como medida protetiva¹⁵¹.

O abrigamento institucional resulta da ação sucessiva, consoante as funções de cada um, do Conselho Tutelar, do Ministério Público e da autoridade judiciária competente. Inicia-se um caminho exaustivo, realizado pela criança ou adolescente, com movimentos de “vai e vem” entre a família biológica e a instituição que pode perdurar anos. Trata-se de um procedimento minucioso que visa salvaguardar a unidade familiar, o que nem sempre é possível. De fato, o processo de destituição do poder familiar não tem um prazo determinado, o que gera incertezas quanto ao tempo de institucionalização e definição na vida desta criança ou adolescente¹⁵².

Consoante dados do *Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes*¹⁵³ – pesquisa que englobou 589 abrigos brasileiros que recebem verba da Rede de Serviços de Ação Continuada (SAC) e do Ministério do Desenvolvimento Social, abrangendo unidades das regiões Sudeste (49,1%), Sul (20,70%), Nordeste (19%), Norte e Centro-Oeste (12% juntas) –, a maioria das crianças e adolescentes permanecem abrigados institucionalmente durante um período superior a sete meses (55,2%), sendo que a parcela mais significativa fica abrigada durante um período que varia entre dois e

¹⁵⁰ BELTRAME, Martha Silva. *Caminhos e personagens da adoção*. In: TRINDADE, Jorge (Org) **Direito da criança e do adolescente: uma abordagem multidisciplinar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 225.

¹⁵¹ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 378.

¹⁵² FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antonia. *Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado*. In: **Revista Textos & Contextos**. Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 154-174, jan/jun 2007, p. 162-163.

¹⁵³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília, 2004.

cinco anos (39,2%), apesar de o abrigo ser estabelecido como medida provisória e excepcional pelo Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵⁴.

Ademais, em grande parte das instituições, observa-se o afastamento da criança e do adolescente do convívio familiar e social (não obstante a previsão legal inserta no art. 92 do ECA). Assim, com frequência, a medida de institucionalização, provisória e excepcional apenas formalmente, representa um prolongado abandono do ambiente familiar e um distanciamento crescente em relação aos genitores em processo de destituição¹⁵⁵.

Frente a tal situação, a Lei Nacional de Adoção estabeleceu o programa de acolhimento familiar, o qual, pode-se dizer, funciona como *“uma emenda pior que o soneto”*. Em vista do princípio constitucional da primazia da convivência familiar, a criança e o adolescente em processo de destituição são entregues aos cuidados de uma família acolhedora, sob supervisão pedagógica e direcional de uma entidade de atendimento, responsável pela execução do programa. A questão é que, nesta medida protetiva, a criança e o adolescente não são recebidos como filhos – até porque não o são, tendo em vista que a situação instalada é provisória¹⁵⁶. Ocorre que, ao receber afeto e cuidado de figuras que se assemelham à materna e à paterna, o infante projeta, inconscientemente, uma vinculação de parentalidade afetiva, ainda que lhe digam o contrário. Prolongando-se no tempo, por meses ou anos, tal vinculação cria raízes profundas, e, quando enfim determinada sua situação jurídica, vê-se impelido pelo mundo adulto a uma nova desconstrução da parentalidade, o que não ocorre sem traumas nem violação dos seus direitos mais fundamentais.

Diante desse cenário, a solução mais conforme aos princípios constitucionais de proteção da infância e da adolescência seria uma ação rápida, eficaz e multidisciplinar com vista ao resgate da parentalidade constituída originalmente ou, identificando-se a impossibilidade, promover a construção de uma nova parentalidade, facilitando a inserção do adotando em um núcleo familiar distinto do seu original, mas preparado para assegurar o afeto, o cuidado, a assistência material e moral, conduzindo à

¹⁵⁴ FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antonia. *Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado*. In: **Revista Textos & Contextos**. *Op. cit.*, p. 164.

¹⁵⁵ FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antonia. *Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado*. In: **Revista Textos & Contextos**. *Op. cit.*, p. 166

¹⁵⁶ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 152-153.

reestruturação e reorganização da estrutura psíquica do ser em desenvolvimento, pelo restabelecimento das figuras parentais.

Assim, a adoção deve ser deferida pela autoridade judiciária quando representa o melhor interesse para a criança ou o do adolescente, alterando o paradigma tradicional segundo o qual a adoção destinava-se a atender aos interesses dos adotantes. Logo, o foco deve estar na reconstrução da parentalidade para as pessoas que passaram, ainda que em tenra idade, pela perda desse referencial fundamental.

Compete à autoridade jurídica verificar, com prudência objetiva, se os adotantes têm condições psíquicas e materiais de proporcionar um pleno e saudável desenvolvimento físico e mental ao adotando. Dessa forma, uma vez respeitadas a proteção integral e a prioridade absoluta infanto-juvenil, poderá ser deferida a adoção, conjunta ou individualmente, a quem representar vantagens concretas e reais para o adotando, independente da orientação sexual dos adotantes ou do tipo da entidade familiar em que será inserido¹⁵⁷. O objeto primordial da tutela jurisdicional é o superior interesse do adotado, proporcionando-lhe uma melhor qualidade de vida, fundada no afeto e na convivência familiar¹⁵⁸.

Conquanto conduzida pela autoridade judiciária, a adoção não pode ser imposta, requerendo-se a manifestação da vontade tanto de quem pretende adotar, quanto de quem pode ser adotado, desde que maior de doze anos, nos termos do art. 45, §2º, do ECA. Se o adotando tiver idade inferior, apesar de não exigido o seu consentimento, sempre que possível, é recomendável que seja previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado o seu estágio de desenvolvimento e o grau de compreensão sobre a adoção, como prevê o §1º do art. 28 do ECA¹⁵⁹.

Ademais, uma vez que os vínculos de parentalidade/filiação se constituem paulatinamente, a partir da vivência cotidiana da afetividade jurídica objetiva e do dever de cuidado, o deferimento definitivo da adoção deve ser precedido pelo estágio de convivência (ECA, art. 46), de duração variável conforme cada caso concreto. O estágio de convivência deve ser acompanhado de estudo psicossocial do caso, cujo escopo é a

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 82-83.

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 603.

¹⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 958.

apuração das condições das partes envolvidas¹⁶⁰, em especial, da adaptação mútua, uma vez que tanto para adotante, como para adotado, trata-se de evento repleto de idealização e forte investimento emocional.

Diante desse cenário, é possível constatar que, de todas as formas de inserção em família substituta, a adoção é a mais ampla e completa, uma vez que permite a inclusão do adotando em um novo núcleo familiar¹⁶¹, no qual a construção da parentalidade afetiva, que se faz acompanhar da parentalidade registral com a sentença constitutiva da filiação adotiva, ocupa o vazio existencial deixado pela desconstrução da parentalidade biológica. Dessa forma, a adoção é a concretização da relação de parentalidade/filiação estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos... enfim, pelo amor.

Todavia, o processo de desconstrução da parentalidade originária e da sua reconstrução mediante a reconstrução da parentalidade, pelo viés da parentalidade afetiva e pelo instrumento jurídico da adoção, não ocorre sem conflito, sem dano, sem oposição de interesses. Nesse sentido, o paradigma da justiça restaurativa, oriundo do direito penal, pode ser de grande valia para que o estabelecimento da parentalidade afetiva seja um processo realmente curativo.

¹⁶⁰ ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. *Op. cit.*, p. 195-196.

¹⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 954.

5. O PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Pode parecer um contrassenso trazer um modelo de resolução de conflitos desenvolvido para a esfera penal para a discussão acerca da construção da parentalidade afetiva, um assunto próprio do direito civil. Entretanto, há de se observar que a proposta da justiça restaurativa foi desenvolvida como uma resposta à violência social e ao desrespeito aos direitos fundamentais. Ora, a parentalidade afetiva adotiva é construída como resposta a um processo anterior de desconstrução da parentalidade biológica, processo que não raro se dá com a perpetração de violência, abuso e desrespeito a direitos fundamentais. Ou seja, há um substrato no tema da construção da parentalidade afetiva que só pode ser alcançada dentro do paradigma da justiça restaurativa.

O modelo de justiça restaurativa não se estrutura de modo rígido nem abrange um conceito fechado. Ele é definido mediante valores, princípios, meios e finalidades específicos, que o distinguem do modelo de justiça criminal, de caráter retributivo. Apesar de ser uma abordagem desenvolvida recentemente, a justiça restaurativa resgata valores, princípios e abordagens tradicionais, próprios de modelos de justiça comunitários, combinados com a atual sistemática referente aos direitos humanos¹⁶².

Assim, o paradigma da justiça restaurativa procura entender o delito como dano causado a pessoas e relacionamentos, e não como mera ofensa à norma e violação ao poder do Estado¹⁶³. Dessa forma, a justiça restaurativa busca promover o empoderamento das partes envolvidas e, sempre que possível, a reparação das relações afetadas pelo delito. Nesse sentido, a experiência de justiça não advém da punição pura e simples, mas decorre de uma experiência de restauração, seja em relação ao dano sofrido pela vítima e às necessidades dele decorrentes, seja em face da responsabilização do ofensor, para que repare o dano e para que compreenda a consequência dos seus atos.

O modelo restaurativo privilegia, então, um modo diferenciado de lidar com o conflito, a violação de direitos, o dano e a responsabilização, em conformidade com os

¹⁶² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1ª edição. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 194.

¹⁶³ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 171-174.

princípios norteadores do Estado Democrático de Direito e em vista da efetivação dos direitos humanos, indicando uma verdadeira mudança de paradigma no conceito de justiça e na aplicação do direito¹⁶⁴.

5.1. Origens e desenvolvimento do paradigma da justiça restaurativa na seara penal

Ao longo da história da humanidade, vários paradigmas se sucederam, constituindo modos diferentes de lidar com as demandas relacionadas ao direito penal. Destaca-se, inicialmente, a prevalência do modelo de justiça privada, baseada na força e restituição *ipsis literis* do direito violado, muito embora, como recorda Howard Zehr, “a justiça ‘privada’ não era necessariamente privada nem envolvia necessariamente vingança”¹⁶⁵. Durante a antiguidade clássica e o período medieval houve a prevalência de uma justiça comunitária, marcada por uma maior incidência de soluções extrajudiciais negociadas do que do recurso ao tribunal, considerado como uma medida custosa e excepcional. Finalmente, com o advento do Estado moderno e do monopólio do poder coercitivo estatal, o modelo retributivo ganhou força e prevalência¹⁶⁶. O paradigma retributivo da justiça é uma forma específica de organizar a realidade¹⁶⁷, na qual se utiliza de uma justiça pública e estatal para o exercício do direito de punir.

O paradigma retributivo desenvolveu-se com o estabelecimento de castigos corporais cada vez mais severos e de formas cada vez mais elaborada de penas capitais, sem, contudo, obter sucesso na redução da criminalidade. Apenas no século XVIII surge a privação de liberdade como alternativa mais humana aos castigos corporais e à pena de morte. Todavia, as prisões converteram-se no principal instrumento estatal para o exercício do *ius puniendi*, tornando-se comuns as violações de direito relacionadas ao encarceramento em massa, sem qualquer indício de redução do conflito social¹⁶⁸.

¹⁶⁴ CRUZ, Rafaela Alban. *Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal*. In: **Tribuna Virtual**. Ano 01. Edição nº 02. Março de 2013, p. 82.

¹⁶⁵ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. *Op.cit.*, p. 94.

¹⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 93.

¹⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 83.

¹⁶⁸ CRUZ, Rafaela Alban. *Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal*. In: **Tribuna Virtual**. *Op.cit.*, p. 72.

Nesse cenário, desde fins do século passado, ante os sinais de falência do paradigma retributivo (aumento dos índices de criminalidade, colapso do sistema carcerário, crise do sistema processual penal), modelos alternativos de aplicação de penas têm sido sugeridos. É neste contexto que se insere a proposta da justiça restaurativa, pensada como modelo de justiça destinada a promover a paz, substituindo a punição pela restauração, como elemento primordial da ação estatal¹⁶⁹.

A criminologia crítica permitiu o surgimento de movimentos como o garantismo penal e o abolicionismo. Tais acepções, apesar de suas particularidades intrínsecas, desconstruíram a noção do delito como realidade ontológica. Hoje compreende-se que o delito é apenas expressão de conflitos sociais e que o direito penal, na sua acepção tradicional, é incapaz de auxiliar na resolução de tais conflitos.

No paradigma retributivo, o ponto focal de todo o processo criminal é estabelecer a autoria do delito para a aplicação da punição respectiva, caracterizando-se como um sistema direcionado para o passado e destinado a impor medidas de dor¹⁷⁰. Nesse modelo, o autor do delito não é considerado como alguém capaz de regeneração futura, mas simplesmente como uma pessoa que deve ser punida.

As primeiras experiências envolvendo o modelo de justiça restaurativa desenvolveram-se em sistemas jurídicos da *common law*: Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia. Logo em seguida, surgiram experiências em países europeus que utilizam o sistema jurídico da *civil law*: Itália, França, Portugal. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, mediante a publicação da Resolução-CNJ nº 225/2016.

Nos termos da referida resolução, o paradigma da justiça restaurativa pode ser entendido como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado, mediante práticas restaurativas focadas na satisfação das necessidades de todos os envolvidos, na responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou

¹⁶⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. *Op. cit.*, p. 193.

¹⁷⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. *Op.cit.*, p. 72.

indiretamente para a ocorrência do fato danoso e no empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano, da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e das suas implicações para o futuro.

Entre as práticas restaurativas mais comuns, destacam-se a mediação, as conferências de família e os círculos restaurativos, formas que possibilitam o diálogo entre as partes e, de maneira mais ampla, entre elas e a comunidade, mediante o desenvolvimento de habilidades de comunicação não-violenta e de escuta respeitosa¹⁷¹.

5.2. O conceito de justiça segundo o paradigma restaurativo

O modelo de justiça proposto pelo paradigma restaurativo é prioritariamente existencial. O processo de restauração é uma experiência, uma vivência, uma re-elaboração de significados, uma recuperação de sentido ante um evento traumático¹⁷². Logo, a justiça não decorre do processo jurisdicional, não se viabiliza com a prolação de uma sentença condenatória, nem se efetiva com a execução de uma punição estatal.

Na verdade, o aparelho repressivo do Estado é deslegitimado, ante o colapso do sistema retributivo ditado pela justiça penal. A justiça restaurativa é alicerçada antes no respeito à dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos fundamentais, no apoio, suporte e assistência à vítima, na responsabilização do agressor e na participação da comunidade na solução dos conflitos¹⁷³.

Segundo Mylène Jaccoud (2005), o elemento mais importante do movimento restaurativo é a transformação do ser humano, dando oportunidade para que vítima, agressor e comunidade possam trilhar o caminho da reparação, cada qual consoante a sua condição específica. Dessa forma, o modelo de justiça restaurativa se assenta sobre os princípios do respeito, da participação, da honestidade, da humildade, da interconexão, da responsabilidade, do empoderamento e da esperança¹⁷⁴.

¹⁷¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. *Op. cit.*, p. 194.

¹⁷² ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. *Op.cit.*, p. 28.

¹⁷³ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 146.

¹⁷⁴ JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. In: Slakmon, C. et alli (orgs.). **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005, p. 70-71.

5.2.1. Princípio do respeito

O processo judicial próprio do modelo de justiça retributiva despersonaliza as partes em conflito, que assumem papéis arquétipos e postura passiva, tornando-se meros espectadores do teatro acusatorial desenvolvido entre acusação e defesa. De modo distinto, a justiça restaurativa propõe o respeito às partes como um valor fundamental, de modo que suas necessidades fundamentais sejam consideradas¹⁷⁵.

O processo de restauração envolve tanto permitir à vítima oportunidades para expressar e validar suas emoções, ser informada e participar do processo de justiça, de modo a ser reafirmada sua autonomia pessoal, violada com a perpetração do delito contra a sua vontade¹⁷⁶; quanto permitir ao agressor responsabilizar-se pelo dano, ter consciência do mal cometido, e ter oportunidade para repará-lo¹⁷⁷. Dessa forma, o respeito à pessoa humana é valor fundamental, servindo de base e justificativa para toda prática restaurativa.

5.2.2. Princípio da participação

Esse princípio, que decorre do primeiro, afirma o valor fundamental para a justiça restaurativa relativo à efetividade social que deve pautar a lide, no sentido de que os envolvidos precisam participar ativamente do processo judicial, a fim de terem seus problemas realmente solucionados pelo ordenamento jurídico. Por essa razão, o modelo de justiça restaurativa propõe que os mais afetados pela transgressão tenham voz ativa na solução do problema.

Trata-se também do reconhecimento de que cada uma das partes envolvidas no processo restaurador tem algo importante e valioso para contribuir com o objetivo do processo, qual seja, o de alcançar uma solução justa e transformadora¹⁷⁸.

¹⁷⁵ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. *Op.cit.*, p. 18.

¹⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 30.

¹⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 42.

¹⁷⁸ JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. In: Slakmon, C. et alli (orgs.). **Justiça restaurativa**. *Op.cit.*, p. 70-71.

5.2.3. Princípio da honestidade

O modelo restaurativo pressupõe o comprometimento com a verdade e com a transparência de sentimentos e intenções. Dessa forma, para que o processo de restauração seja transformador, é necessário que os envolvidos no ato criminoso estejam dispostos a falar e a ouvir de maneira honesta e sincera. Por óbvio, essa abertura demanda energia psíquica para o enfrentamento do evento traumático, uma vez que a prática restaurativa envolve desgaste emocional, pois tanto o agressor como a vítima precisam lidar com suas emoções, traumas e medos¹⁷⁹.

5.2.4. Princípio da humildade

Não há processo restaurativo sem a humildade para se aceitar a falibilidade e a vulnerabilidade, condições comuns a todos os seres humanos. Essa aceitação permite, em um ambiente de tolerância e respeito, superar os tradicionais arquétipos de vítima e infrator, de modo a que os envolvidos possam descobrir que todos são solidários na fragilidade da condição humana¹⁸⁰.

5.2.5. Princípio da interconexão

O aspecto holístico da justiça restaurativa aponta para o fato de que o dano vincula vítima, agressor e comunidade. Nesse sentido, é preciso reconhecer o papel do contexto social presente nas escolhas individuais, sem, contudo, negar a responsabilidade pessoal¹⁸¹. Assim, o princípio da interconexão revela que a sociedade também compartilha a responsabilidade pela existência de crimes. O caráter social do delito impõe o dever coletivo de atuar no sentido de restaurar as vítimas e reintegrar os infratores, bem como de adotar medidas preventivas para o futuro.

¹⁷⁹ JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. In: Slakmon, C. et alli (orgs.). **Justiça restaurativa**. *Op.cit.*, p. 70-71.

¹⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 71.

¹⁸¹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. *Op.cit.*, p. 191.

5.2.6. Princípio da responsabilidade

Não é possível o processo de restauração sem que o agressor se responsabilize pelos atos que causaram dano à vítima. Assim, na medida do possível, deve assumir a consciência acerca do mal que deu causa e agir para corrigir o dano causado, promovendo a reparação possível.

Uma estratégia adotada pelo modelo de justiça restaurativa é a que leva o envolvido a interar-se das necessidades da vítima (necessidade de informação, necessidade de reparação, necessidade de empoderamento) e propor a restituição que o vinculará para a reparação. Assim, o agressor assume ativamente o processo de responsabilização¹⁸².

5.2.7. Princípio do empoderamento

Uma das características do delito é o de retirar a autonomia pessoal da vítima, que se vê privada da liberdade e da autodeterminação da sua vontade. Assim, o processo restaurativo deve responder à necessidade de empoderamento presente na vítima¹⁸³: “A justiça precisa ser vivida, e não apenas realizada por outros e notificada a nós”¹⁸⁴. Por essa razão, a justiça restaurativa busca dar à vítima um papel ativo para determinar suas necessidades e a maneira de satisfazê-las. De modo similar, o processo restaurativo também confere ao infrator o poder de se responsabilizar pelo mal causado, de remediar o dano causado à vítima e de iniciar um processo de reabilitação pessoal e de reintegração social¹⁸⁵.

5.2.8. Princípio da esperança

O foco na culpa vincula o modelo retributivo de justiça ao passado, estigmatizando o infrator de modo perene. Por essa razão, tantos egressos do sistema penitenciário a ele retornam, uma vez que não se desvinculam do

¹⁸² ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. *Op.cit.*, p. 190.

¹⁸³ Idem. **Justiça Restaurativa: teoria e prática**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 26.

¹⁸⁴ Idem, *ibidem*, p. 190.

¹⁸⁵ JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. In: Slakmon, C. et alli (orgs.). **Justiça restaurativa**. *Op.cit.*, p. 70-71.

estigma da culpa. De modo distinto, o modelo restaurativo, por ter o foco no processo de cura e restauração, volta-se sempre para o futuro e para a superação do delito. A justiça restaurativa não se contenta com apenar os delitos cometidos, mas satisfazer as necessidades atuais de reparação e reabilitação, bem como prover recursos restaurativos para a vida futura dos envolvidos. Assim, “o processo restaurativo alimenta esperanças de cura para as vítimas, de mudança para os infratores e de maior civilidade para a sociedade”¹⁸⁶.

Em suma, mediante o modelo da justiça restaurativa, as partes conflitantes ocupam o centro do processo de restauração, com autonomia para expor seus sentimentos e necessidades, bem como a possibilidade de ouvir a outra parte, num discurso equilibrado¹⁸⁷. Não há justiça sem o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a justiça começa por reconhecer as pessoas como os elementos primordiais do processo judicial, identificando suas demandas e procurando satisfazer suas necessidades básicas. Independente da posição que ocupa em um dado conflito, cada pessoa só emerge transformada de um processo de restauração se presente o respeito e o reconhecimento mútuo.

5.3. A transposição do paradigma da justiça restaurativa para as relações de construção e desconstrução de parentalidade

Em primeiro lugar, observa-se que a divisão do Direito em ramos próprios e em áreas de especialização possui inegáveis benefícios didáticos, práticos e profissionais. Mas a vida não se compartimenta em direito civil, direito penal, direito administrativo. Assim, situações relativas à desconstrução da parentalidade – envolvendo abandono físico, psicológico, intelectual e/ou material; abuso físico, moral e/ou sexual; violação de direitos fundamentais; exposição ao risco; etc. –, a par dos efeitos civis, constituem também delitos contra a infância e a juventude. Nesse caso, a criança e/ou adolescente figura como vítima, enquanto o genitor (ou genitores) figuram como agressores. Dadas as circunstâncias, a aplicabilidade dos conceitos do modelo de

¹⁸⁶ JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. In: Slakmon, C. et alli (orgs.). **Justiça restaurativa**. *Op.cit.*, p. 71.

¹⁸⁷ CRUZ, Rafaela Alban. *Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal*. In: **Tribuna Virtual**. *Op.cit.*, p. 76.

justiça restaurativa se dá na própria seara penal. Inclusive, há registro acerca da utilização do modelo de justiça restaurativa em varas especializadas de infância e juventude, conquanto que restrita aos casos típicos de direito penal.

Nesse contexto, há de se observar que o processo de restauração está voltado tanto às vítimas de violência familiar, quanto aos agressores. Usualmente, os agressores se utilizam de estratégias desculpadoras, numa postura de vitimismo ou de transferência de responsabilidade, como técnica defensiva para não assumir o ônus da culpa e o dever de responsabilização¹⁸⁸. Ademais, para quem tem muito pouco a perder, temor da punição perde o seu efeito intimidador, isto é, os efeitos da prisão e da punição representam quase nada¹⁸⁹. Dessa forma, a justiça restaurativa busca promover o empoderamento das partes envolvidas e, sempre que possível, a reparação das relações afetadas pelo delito.

Entretanto, mesmo do ponto de vista dos institutos do direito civil (reconhecimento da entidade familiar, filiação, destituição do poder familiar, abrigamento institucional, processo de adoção), uma vez reconhecida a presença de conflito de interesses, podem vir a ser aplicáveis princípios, métodos, técnicas e atividades próprias do modelo de justiça restaurativa, inclusive no que diz respeito às práticas restaurativas, com as devidas adaptações, como no caso da idade e da maturidade do adotando para participar de um processo dialógico.

Veja-se, por exemplo, o processo de destituição do poder familiar, sob a ótica tradicionalmente adotada. Inicialmente, deve-se atentar que o fundamento jurídico da relação processual reside no princípio processual da efetividade social, isto é, o processo deve garantir às partes que elas alcancem o resultado mais justo possível para os conflitos surgidos na vida em sociedade. Todavia, o processo em geral fomenta racionalizações e fortalece estereótipos¹⁹⁰.

O rito do processo de destituição do poder familiar, conduzido pela autoridade judiciária competente, comumente favorece uma postura passiva dos genitores biológicos. Trata-se de um rito que lhe é estranho, numa linguagem obscura, onde lhe são demandadas situações, *prima facie*, além de suas capacidades

¹⁸⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. *Op.cit.*, p. 48.

¹⁸⁹ Idem, *ibidem*, p. 55.

¹⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 40.

momentâneas. Tudo isso agravado pelo fato de o filho ter sido institucionalizado, cautelarmente, no início do processo. Assim, a punição esperada para o fim do processo, de certa forma, já está aplicada. O processo não atua em prol do empoderamento ou da responsabilização das partes, tampouco da restauração da parentalidade sob risco. Pelo contrário, atua para o seu enfraquecimento. Todavia, enquanto não esgotado o rito processual, a parentalidade afetiva não pode ser constituída, porquanto ainda não transitada em julgado a decisão declaratória da destituição do poder familiar.

No exemplo acima, o rito processual tradicional não favorece a família biológica, pois atua para o enfraquecimento da parentalidade biológica; não favorece a família adotiva, pois atua no sentido de retardar a constituição da parentalidade afetiva; tampouco atende aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, pois o infante se vê privado tanto da parentalidade biológica quanto da parentalidade afetiva, sujeito ainda aos efeitos excludentes e estigmatizantes do abrigo institucional.

Uma compreensão da construção e da desconstrução da parentalidade dentro do modelo da justiça restaurativa, ampliando seu escopo para além do direito penal, pode conduzir à elaboração de formas alternativas de solução de conflitos, com vistas à preservação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, à responsabilização e ao empoderamento dos genitores, bem assim ao envolvimento direto de órgãos e entidades de assistência e proteção social. Nesse sentido, recorda-se que a justiça restaurativa não estará completa se a comunidade não estiver plenamente representada no processo restaurativo. A comunidade precisa estar envolvida por conta da sua responsabilidade social¹⁹¹.

Dessa forma, percebe-se que elementos constitutivos do modelo de justiça restaurativa podem ser aplicados com grande proveito aos casos de construção e desconstrução da parentalidade, tais como conferir um papel ativo aos envolvidos, identificando suas necessidades, conferindo responsabilidades e atuando no sentido de restaurar as perdas e superar os traumas.

¹⁹¹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. *Op.cit.*, p. 254.

6. A PARENTALIDADE AFETIVA NO PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Entender a parentalidade afetiva dentro dos princípios do modelo de justiça restaurativa envolve aceitar o conflito social presente no processo de desconstrução da parentalidade biológica, reconhecendo na criança ou no adolescente envolvido uma vítima de um processo de abandono, abuso e violação de direitos fundamentais, que precisa ser acolhida, com o atendimento das suas necessidades básicas, de modo que a parentalidade construída sobre o vínculo da afetividade jurídica objetiva e do dever de cuidado seja restauradora do dano sofrido. Significa, ainda, reconhecê-la como pessoa humana em desenvolvimento – que se constitui em sujeito de direito, e não mero objeto passivo de assistência humanitária ou filantrópica.

De modo similar, o reconhecimento da parentalidade afetiva no paradigma da justiça restaurativa demanda um olhar prospectivo sobre a parentalidade biológica destituída. Geralmente, os genitores destituídos são estigmatizados, ocupando uma posição subalterna, seja no processo de adoção, seja no ambiente social, seja mesmo como foco de atenção da doutrina e da comunidade científica. A destituição em si é tida como punição suficiente, sendo depois relegados ao ostracismo. Nesse limbo existencial, não se responsabilizam nem são incluídos em um verdadeiro processo de restauração.

Ademais, o modelo de justiça restaurativa, quando aplicado às relações de parentalidade, demanda uma visão prospectiva sobre todos os envolvidos no conflito. Nesse cenário, os adotantes – ainda que não figurem como vítimas nem como agressores – não podem ter tão somente um papel passivo, de espectadores inertes, uma vez que assumem o ônus de conduzir, com o seu afeto, cuidado, assistência moral e material, o processo restaurativo da parentalidade ausente. Não raro, a falta de compreensão ou de preparo para o exercício desse múnus acarreta o fracasso das tentativas de aproximação, convivência e filiação.

6.1. O adotando

A perda da parentalidade é um evento devastador para uma criança ou adolescente, e não se dá com a prolação da sentença pelo juízo, mas no momento em que rompido o vínculo gerado pela afetividade jurídica objetiva e pelo dever de cuidado.

Esse vínculo se constitui desde os primeiros instantes de vida da criança – havendo mesmo indícios de que possa se constituir já no período de vida intrauterina. Crianças abandonadas ainda recém nascidas costumam apresentar carência afetiva total, que se manifesta por uma deficiência grosseira nas relações com o entorno social e que conduz a uma paralisação do desenvolvimento afetivo¹⁹².

Tais crianças passam, ainda nos primórdios de suas vidas, por situações adversas, cujo desfecho é a perda brusca, muitas vezes definitiva, do objeto de amor, que arremessam a criança para a vivência de perda de si. Muitas delas enfrentam, ao passar por experiência tão precoce e primitiva, no início da constituição do ego, uma devastação psíquica traumática, de efeitos duradouros sobre a psiquê¹⁹³.

Nos casos em que a destituição não é motivada pelo abandono neo-natal, o processo de desconstrução da parentalidade não é menos traumático. Isso porque usualmente se alternam eventos em que presentes a afetividade e o cuidado, e situações de abandono, abuso e violação de direitos, num processo paradoxal de construção e destruição dos vínculos parentais. Isso explica porque, mesmo diante das piores situações, a criança ou adolescente frequentemente rejeita o abrigo institucional e não consegue desvincular-se emocionalmente da família.

Ademais, no momento em que a criança ou o adolescente é institucionalizado, o vínculo familiar é substituído por um tratamento massificado e padronizado. Ele é privado de seu espaço subjetivo e inserido numa realidade de “família” artificial e afetivamente carente, perdendo qualquer olhar individualizado. Finalmente, é segregado da família e da comunidade, sendo estigmatizado como criança ou adolescente abandonado¹⁹⁴.

A institucionalização, medida cautelar que pretende viabilizar a proteção da criança e do adolescente, torna ainda mais agudo o processo de desconstrução da parentalidade biológica. Inicia-se um período absurdamente contraditório: quanto maior o tempo de institucionalização, maiores os efeitos deletérios sobre o desenvolvimento psíquico do infante abrigado e maiores as dificuldades para inserção

¹⁹² HAMAD, Nazir. **Adoção e parentalidade: questões atuais**. Porto Alegre: CMC Editora, 2010, p. 83-84.

¹⁹³ SILVA, Márcia Regina da. **Adoção: desafios na construção da filiação e da parentalidade – uma reflexão psicanalítica**. *Op. cit.*, p. 104.

¹⁹⁴ FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antonia. *Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado*. In: **Revista Textos & Contextos**. *Op. cit.*, p. 167-168.

em família adotiva substituta; quanto menor o tempo, mais improvável que família vulnerável, usualmente abandonada pelas políticas sociais de proteção, consiga se reestruturar para evitar a destituição do poder familiar. Não são raros os casos cuja indefinição quanto ao vínculo familiar se prolonga, colocando a criança ou o adolescente em uma indefinição altamente prejudicial: não é reintegrado nem é adotado, e a institucionalização, excepcional e provisória, adquire ares de permanência¹⁹⁵. Deste modo, verifica-se que o Estado também é responsável pela supressão de direitos fundamentais da criança ou do adolescente, mediante uma espécie de violência institucional que, em última instância, priva-os de um ambiente familiar.

Uma compreensão da institucionalização sob o prisma da justiça restaurativa deveria conduzir a uma responsabilização dos envolvidos, no sentido de efetivamente priorizar a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente. As famílias em situação de risco devem receber o apoio e a proteção previstos constitucionalmente, no sentido de se evitar a desconstrução da parentalidade biológica, antes das medidas de institucionalização, reduzindo o número de crianças e de adolescentes sob a tutela do Estado. Por outro lado, quando há o abandono explícito em condições inaceitáveis, a compreensão de que realmente é prejudicial à criança ou ao adolescente permanecer no seio da família biológica deve ser construída brevemente, de modo a constituir a parentalidade afetiva o quanto antes¹⁹⁶.

A construção da parentalidade afetiva ocorre como um novo registro psíquico de nascimento, que se mistura aos registros psíquicos da história anterior, mediante um processo de rompimento, identificação, assimilação e vinculação¹⁹⁷. Começa com o fantasma intrauterino, que se manifesta no desejo que a criança manifesta de nascer da barriga da mãe adotiva. É o processo inicial de transferência do vínculo original para o vínculo nascente. Em seguida, ocorre o fantasma da pele comum, que é o desejo da criança de se ver parecida com os genitores adotivos, e manifesta o medo da rejeição. Com a transferência do vínculo original, são transferidos também os

¹⁹⁵ PEREIRA, Juliana Maria Fernandes; COSTA, Liana Fortunato. *Os desafios na garantia do direito à convivência familiar*. **Revista brasileira crescimento e desenvolvimento humano**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 19-31, abr. 2005, p. 23-24.

¹⁹⁶ FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antonia. *Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado*. In: **Revista Textos & Contextos**. *Op. cit.*, p. 168.

¹⁹⁷ SILVA, Márcia Regina da. **Adoção: desafios na construção da filiação e da parentalidade - uma reflexão psicanalítica**. *Op. cit.*, p. 31.

traumas e as memórias negativas. Ao perceber a nova vinculação, a criança antecipa o abandono: para não ser abandonada novamente, ela abandona primeiro – trata-se do fantasma da retaliação da pele comum. É o primeiro rompimento do processo de identificação e vinculação. Em seguida, a criança precisa viver o luto da perda da parentalidade original, que se dá com a projeção maciça de objetos negativos (lembranças, comportamentos). Esse momento é representado pelo fantasma da mãe biológica, com comparações em que a vinculação original – já enfraquecida – aparece idealizada e a vinculação ainda não consolidada manifesta suas fragilidades¹⁹⁸. Finalmente a nova parentalidade se constitui com a restauração do narcisismo secundário, resolução da identificação e nascimento psíquico¹⁹⁹.

Nesse sentido, o esforço da criança para se identificar com as novas figuras parentais é um aspecto fundamental do processo de construção da parentalidade afetiva²⁰⁰. A criança precisa primeiro elaborar o luto em relação às *imagos* parentais originárias e reconstruí-las na relação com os novos pais²⁰¹. Os conflitos daí advindos são parte do processo de cura e de restauração dos vínculos afetivos.

Nas adoções tardias, a criança ou o adolescente pode se mostrar refratário aos novos vínculos, estabelecendo relações superficiais. Tais dificuldades só serão superadas com o tempo e os cuidados da família²⁰². Nesse contexto, Winnicott se refere a ondas sucessivas de sentimentos negativos, aproximando cada vez mais de uma relação segura e menos idealizada²⁰³.

Por essa razão, são comuns os relatos acerca de ataques destrutivos da criança ou do adolescente, seguidos de manifestação de afeto e pedidos de perdão²⁰⁴. Trata-se de um o processo psíquico de regressão, onde se alternam comportamentos agressivos e regressivos. A postura desafiadora e agressiva também funciona como uma

¹⁹⁸ VARGAS, Marлизete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. 2ª edição. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2013, p. 45.

¹⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 46.

²⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 46.

²⁰¹ SILVA, Márcia Regina da. **Adoção: desafios na construção da filiação e da parentalidade – uma reflexão psicanalítica**. *Op. cit.*, p. 34.

²⁰² Idem, *ibidem*, p. 103.

²⁰³ WINNICOTT, Donald Woods. **Privação e delinquência**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 188.

²⁰⁴ SILVA, Márcia Regina da. **Adoção: desafios na construção da filiação e da parentalidade – uma reflexão psicanalítica**. *Op. cit.*, p. 49.

forma de testar os adotantes, aferindo se o vínculo afetivo é verdadeiro e consistente, ou se há o risco de um novo abandono²⁰⁵.

A criança não tem consciência desses processos psíquicos e muitos adotantes têm dificuldades para compreender e aceitar esses comportamentos. Diante dessas demandas afetivas, optam pela devolução da criança ou do adolescente à autoridade judiciária, sob o argumento de que não estão preparados para a adoção, perpetuando o ciclo de abandono²⁰⁶.

Nesse sentido, reconhecer a desconstrução da parentalidade como evento traumático, considerando que o abandono, o abuso e a violação de direitos produzem dano psíquico e afetivo relevante, deve conduzir à compreensão de que a criança e o adolescente são vítimas que precisam passar por um processo restaurativo. Dessa forma, consoante o modelo de justiça restaurativa, a construção da parentalidade afetiva, para dar-se efetivamente no melhor interesse da criança e do adolescente, deve atentar-se para as demandas psíquicas e as reais necessidades de restauração dos vínculos emocionais. Requer-se ainda que se estabeleçam estratégias de mediação e resolução de conflito – indo além do mero acompanhamento ocasional da equipe psicossocial da vara especializada de infância e juventude –, dando protagonismo a adotando, adotante e comunidade de vivência, de modo a lidar com os eventos de regressão e agressividade, constitutivos da nova parentalidade, bem como evitar situações de devolução da criança ou do adolescente à instituição de abrigo, dada a frustração da constituição da parentalidade afetiva.

6.2. Os pais biológicos

Apesar de a legislação consignar que a precariedade de recursos materiais não deve constituir causa para a destituição do poder familiar, as enormes desigualdades sociais, típicas da sociedade brasileira, e a crescente exclusão do mercado de trabalho formal incidem diretamente na situação econômica das famílias, inviabilizando que estejam sempre presentes, no ambiente familiar, as condições

²⁰⁵ WINNICOTT, Donald Woods. **Privação e delinquência**. *Op. cit.*, p. 188.

²⁰⁶ VARGAS, Marilzete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. *Op. cit.*, p. 140.

mínimas, necessárias ao atendimento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Essa delicada situação é agravada pela precariedade das políticas sociais destinadas aos estratos mais carentes da população, de modo a assegurar o acesso a bens e serviços indispensáveis à cidadania. Ou seja, também não são observados os direitos fundamentais dos pais biológicos, no que tange ao acesso ao emprego, à educação, à saúde, à moradia condigna, ao saneamento urbano básico, à segurança.

Marginalizadas e estigmatizadas socialmente por conta de desqualificações oriundas das condições em que vivem e trabalham, tais famílias, marcadas por carências e por direitos não efetivados, buscam, constantemente, nas políticas sociais, subsídios para a sobrevivência, de modo que são reforçadas em uma condição de passividade e dependência. Dessa forma, não se constituem nem como sujeitos de direito das políticas públicas nem como agentes de transformação da própria situação pessoal.

Assim, é possível entrever a lógica perversa do sistema: antes de negligenciarem e abandonarem seus filhos, tais pais foram negligenciados e abandonados pelo Estado. A desconstrução da parentalidade biológica é antecedida pela desconstrução da cidadania²⁰⁷. Todavia, à legislação estatutária expressamente determina que a colocação em família adotiva apenas será feita após o esgotamento das possibilidades de realocação na família natural²⁰⁸. Tais famílias são intimadas, pelo Conselho Tutelar local e pela autoridade judicial, a assumir sua condição de provedora e protetora de seus membros; todavia, é tímida a intimação do Estado para que ele assuma o seu papel de provedor de políticas públicas destinadas à proteção das famílias em condição de vulnerabilidade.

Tal situação agrava o processo de institucionalização de crianças e adolescentes, que, embora prevista na lei como uma medida de proteção provisória e excepcional, apresenta-se indefinida durante anos, ocasionando a perda do convívio familiar, a estigmatização social e comprometendo seu desenvolvimento psíquico-afetivo²⁰⁹.

²⁰⁷ GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva. *Direito à Convivência Familiar*. In: **Revista Serviço Social & Sociedade**. São Paulo: Cortez, n. 81, mar., 2005, p. 119.

²⁰⁸ FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antonia. *Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado*. In: **Revista Textos & Contextos**. *Op. cit.*, p. 158.

²⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 155.

Nesse contexto de violação de direitos fundamentais, tanto dos pais biológicos quanto dos filhos em situação de risco, e de grande vulnerabilidade social, a aplicação de um modelo de justiça restaurativa pode ter um papel fundamental de resgate da cidadania e de recuperação da responsabilidade e autonomia pessoal. Um dos pressupostos da justiça restaurativa está no fato de que o reconhecimento da responsabilidade social e comunitária deve ser acompanhada da honestidade de se assumir a responsabilidade pessoal, que raramente pode ser elidida. Ao assumir o protagonismo do processo de mediação de conflito, evita-se a posição passista e vitimista, muitas vezes adotada como meio de negar a responsabilidade pessoal e de não carregar o ônus da culpa.

Comunidades de alta vulnerabilidade social, com baixa efetividade de políticas públicas estatais, também se tornam capazes de assumir um protagonismo efetivo na melhoria do ambiente comunitário e social e na proteção dos direitos fundamentais dos seus membros mediante a constituição de processos circulares de construção da paz²¹⁰. Os círculos familiares, geralmente voltados para minimizar efeitos da delinquência juvenil e de gangues de periferias, podem também dar importante contribuição para os processos de restauração da parentalidade em risco, evitando a judicialização e a institucionalização nos casos em que é possível recuperar os laços familiares originais, evitando a estigmatização de genitores e de filhos.

6.3. Os adotantes

A parentalidade afetiva demanda investimento psíquico e emocional, uma vez que a construção de uma relação de filiação se dá diante dos desafios cotidianos de vivência, pois filiar é desejar, acolher, amar e reconhecer um filho como próprio, independentemente de sua origem biológica²¹¹. Em tese, a adoção deve se constituir no melhor interesse da criança e do adolescente. Mas, culturalmente, a adoção carrega o estigma social de servir para atender às demandas afetivas dos adotantes.

Analisando as expectativas e motivações dos adotantes, é possível identificar o desejo de satisfação de interesses próprios. Para a maioria deles, a adoção objetiva

²¹⁰ PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 10.

²¹¹ BELTRAME, Martha Silva. *Caminhos e personagens da adoção*. In: TRINDADE, Jorge (Org) **Direito da criança e do adolescente: uma abordagem multidisciplinar**. *Op. cit.*, p. 240.

resolver um problema, preencher uma lacuna ou superar um luto. Dessa forma, o filho idealizado é um instrumento para solucionar problemas conjugais, encontrar companhia, realizar o desejo procriativo, complementar a identidade pessoal, evitar discriminação social ou substituir um filho que se perdeu²¹².

Assim, para alguns requerentes, a adoção não se refere à construção de uma relação de parentalidade vinculada a uma criança ou um adolescente institucionalizado e disponível para adoção. Pretende-se encontrar um filho similar ao idealizado, que possua exatamente as mesmas características que projetavam para aquele que não puderam ter – ou que, tendo, vieram a perder –, acreditando que dessa forma poderão reproduzir seja a experiência natural da concepção, seja a experiência vivenciada com o filho perdido²¹³. Por essa razão, as demandas relacionadas às crianças menores ou recém nascidas superam em muito o número de crianças institucionalizadas²¹⁴.

Ademais, o ideal privilegiado para adoção refere-se a criança de origem branca, em perfeitas condições de saúde e sem qualquer outro componente hereditário ou genético que ressalte suas raízes²¹⁵. Dessa forma, a cor de pele torna-se para os requerentes um ponto de identificação com a criança, a partir do qual se começa a construir uma idéia de semelhança artificial²¹⁶, a partir da qual será possível construir uma história familiar e registrá-la, desde os primeiros dias de vida do filho, no álbum de fotografias da família²¹⁷.

Ainda, segundo o imaginário dos adotantes, o processo de construção de parentalidade afetiva ocorrerá mediante uma adaptação tranquila. É comum que os adotantes projetem os vínculos parentais que possuem com os seus próprios genitores, não raro vínculos construídos sem traumas ou constantes violações de direitos

²¹² CAMARGO, Mário Lázaro. *A adoção tardia no Brasil: desafios e perspectivas para o cuidado com crianças e adolescentes*. In: **Simpósio Internacional do Adolescente**, n. 2, 2005, São Paulo, s.p.

²¹³ LADVOCAT, Cynthia. **Mitos e segredos sobre a origem da criança na família adotiva**. Rio de Janeiro: Booklink/Terra dos Homens, 2002, s.p.

²¹⁴ COIMBRA, José César. *A demanda nos processos de habilitação para adoção e a função dos dispositivos judiciais*. In: **Estudos e Pesquisas em Psicologia – UERJ**. Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, p. 67-78, ago/dez 2005, p. 67.

²¹⁵ FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antonia. *Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado*. In: **Revista Textos & Contextos**. Op. cit., p. 169.

²¹⁶ COIMBRA, José César. *A demanda nos processos de habilitação para adoção e a função dos dispositivos judiciais*. In: **Estudos e Pesquisas em Psicologia – UERJ**. Op. cit., p. 69.

²¹⁷ CAMARGO, Mário Lázaro. *A adoção tardia no Brasil: desafios e perspectivas para o cuidado com crianças e adolescentes*. In: **Simpósio Internacional do Adolescente**. Op. cit., s.p.

fundamentais. Todavia, como visto, a construção da parentalidade afetiva para o adotando se dá como amálgama da vinculação parental originária, precisamente assinalada com a marca do abandono, do abuso, e da violência.

Na obra *Introdução ao narcisismo* (1914), Freud afirma que o desejo pela constituição das relações de parentalidade é uma projeção do narcisismo primário. O filho é um instrumento para realização do desejo de continuidade da existência, ou seja, a parentalidade é uma forma de lidar com a realidade da finitude humana. Por isso, mesmo nas relações parentais de origem biológica, é comum que os pais projetem os próprios sonhos não realizados nos filhos gerando expectativas, cobranças, frustrações, bem como satisfação pelas conquistas que seus filhos obtém. Nas relações de parentalidade meramente afetiva, o narcisismo parental pode se manifestar na busca por semelhanças físicas. Porém, como em toda relação, o filho ideal e o pai ideal devem ceder espaço para o real²¹⁸.

O modelo de justiça restaurativa ajuda as partes envolvidas em uma situação de conflito a compreender melhor o seu papel, as suas necessidades e as suas demandas. Não são apenas os adotandos que passam por um processo de restauração da experiência de filiação. Quase sempre, os adotantes também precisam passar por um processo de recuperação relativo à experiência de parentalidade.

Assim, por exemplo, os adotantes que vêm de um longo processo de tratamento de infertilidade, também estão traumatizados. Passaram por procedimentos invasivos da vida afetiva, marcados pela autodesvalorização, vergonha e reedição do complexo de inferioridade infantil. Mas, também, a decisão pela adoção acarreta o ingresso em um processo judicial, necessário, mas igualmente invasivo – além de obscuro e burocrático²¹⁹. Nessa perspectiva, o processo judicial necessário para a construção da parentalidade afetiva não auxilia a restaurar a vinculação parental, antes atua no ressurgimento dos traumas passados.

Sem a vivência de um processo efetivamente restaurativo, é comum identificar, nos adotantes, manifestações de raiva e ressentimento direcionados aos pais

²¹⁸ FREUD, Sigmund. *Introdução ao narcisismo*. In: FREUD, Sigmund. **Obras completas. Introdução ao narcisismo: ensaios de metapsicologia e outros textos (1914-1916)**. Volume 12. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 37.

²¹⁹ SILVA, Márcia Regina da. **Adoção: desafios na construção da filiação e da parentalidade – uma reflexão psicanalítica**. *Op. cit.*, p. 40.

biológicos, por terem sido indignos da bênção recebida – o dom da paternidade/maternidade –, que aos próprios adotantes foi negada, apesar de tanto esforço e investimento material e emocional.

Ademais, quando a perda do sonho de gerar um filho não é superada, os adotantes tendem a apresentar uma postura mais rígida para com a criança adotada. Uma vez que a criança real é incapaz de atender às expectativas superdimensionadas há tanto tempo pelos adotantes, ela torna-se alvo do ressentimento, da mágoa e da raiva introjetados pelo projeto de filiação biológico frustrado²²⁰. Não raro essa hostilidade impede o processo de construção da parentalidade afetiva, ocasionando a devolução da criança para a instituição de acolhimento, com a sucessiva desistência da adoção. Somente quando a impossibilidade do filho biológico é elaborada, o filho adotivo pode encontrar um lugar de pertencimento, e não de estranheza²²¹.

Nos casos de adoção de crianças de maior idade e adolescentes, ante as dificuldades de aceitação da criança real, há o risco de se pretender negar a história de vida do adotando e as condições estruturantes da dinâmica familiar original. O desejo dos adotantes de apagar o passado e a existência da família de origem precisa ser explicitado e ressignificado, para enfim ser superado. Os adotantes, mediante uma intervenção restaurativa, precisam chegar à compreensão de que o filho adotivo – como ocorre também com qualquer filho biológico – nem sempre corresponderá às suas necessidades narcísicas²²².

Nesse sentido, o paradigma da justiça restaurativa, ao evidenciar os papéis envolvidos na construção da parentalidade afetiva, ajuda a explicitar o conflito existente entre a motivação de adotar (e o desejo de ser pai/mãe) e a motivação de ser adotado (e o desejo de ser filho). A conciliação respeitosa e harmônica entre as duas motivações torna possível o encontro entre esses dois universos de sentido²²³, permitindo a criação de uma nova história, baseada em originais laços de amor, de afeto e de cuidado.

²²⁰ SILVA, Márcia Regina da. **Adoção: desafios na construção da filiação e da parentalidade – uma reflexão psicanalítica**. *Op. cit.*, p. 48.

²²¹ RIBEIRO, Marina. **Infertilidade e reprodução assistida**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004, p. 115.

²²² PEREIRA Juliana Maria Fernandes; COSTA, Liana Fortunato. *Os desafios na garantia do direito à convivência familiar*. **Revista brasileira crescimento e desenvolvimento humano**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 19-31, abr. 2005, p. 21.

²²³ BELTRAME, Martha Silva. *Caminhos e personagens da adoção*. In: TRINDADE, Jorge (Org) **Direito da criança e do adolescente: uma abordagem multidisciplinar**. *Op. cit.*, p. 224.

6.4. O processo de adoção: conflitos, dificuldades e conquistas

Um outro desafio se apresenta para a autoridade judiciária na condução do processo de adoção. Não basta que o adotante demonstre equilíbrio, desprendimento e aptidão nos contatos pessoais tidos na vara especializada, no atendimento psicossocial, nas visitas às instituições de acolhimento. De fato, o contato que o adotante tem com a criança ou o adolescente na instituição de acolhimento é superficial, breve, e mesmo teatralizado, no qual o adotando atua no papel de filho idealizado e o adotante no de bom pai ou boa mãe. Assim, somente no cotidiano da criança ou adolescente com sua nova família é que se verifica a forma com que os integrantes desta família enfrentam os problemas advindos da convivência²²⁴. Daí, a necessidade de uma estrutura permanente para lidar com os conflitos familiares de forma restaurativa, que podem surgir de estruturas comunitárias organizadas em torno de núcleos de apoio à adoção ou círculos familiares, com a ajuda de mediadores habituados aos conflitos que normalmente emergem dos processos de constituição da parentalidade afetiva.

A devolução da criança ou do adolescente durante o estágio de convivência, ou mesmo quando efetivada a adoção, ocorre pela exacerbação dos conflitos, exatamente decorrente da falta de uma estrutura restaurativa de resolução dos conflitos. Poucos têm a compreensão de que a fantasia da devolução é experiência psíquica presente em toda a adoção, de forma mais ou menos intensa. Ela faz parte da elaboração do processo de pertencimento. Essa experiência ocorre apenas na adoção, uma vez que, quando o filho é biológico, há um sentimento de que ele “pertence” aos pais. Uma vez formado o vínculo do pertencimento, não é só o filho que “pertence” aos pais adotivos, como também as dificuldades e os conflitos inerentes à relação de filiação. Fechado o vínculo, cessa-se a possibilidade de devolução²²⁵.

Vários mitos, sedimentados socialmente, fazem com que adotantes considerados aptos desistam durante o processo de construção da parentalidade afetiva:

²²⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção*. In: MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. *Op. cit.*, p.242.

²²⁵ GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. **A devolução de crianças e adolescentes adotivos sob a ótica psicanalítica: reedição de histórias de abandono**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Instituto de Psicologia/Universidade de São Paulo, 2008, p. 51.

- a) o mito de que a criança ou o adolescente institucionalizado incorporou “vícios”, “má educação”, “falta de limites” e outras atitudes que impedem a sua inclusão em outro círculo social;
- b) o mito de que o histórico de rejeição e de abandono impede a efetiva vinculação do adotante com a família adotiva;
- c) o mito de que o interesse da criança ou do adolescente pela origem biológica faça com que a vínculo afetivo seja abandonado, em benefício do vínculo natural;
- d) o mito de que todas as crianças institucionalizadas estão disponíveis para adoção; bem como que podem ser escolhidas livremente, como um filhote em um *pet shop*, sem se dar conta que os perfis mais aceitos socialmente demandam um tempo maior de espera nas filas pela adoção.

Ademais, existe ainda a confusão entre a criança e o adolescente institucionalizado em consequência de uma medida protetiva aplicada para salvaguardá-lo de uma situação de abandono, abuso ou violação de direito fundamental com o adolescente institucionalizado em decorrência de aplicação de medida socioeducativa ante o cometimento de ato infracional. No regime do Código de Menores de 1979, ambos eram encaminhados para instituições denominadas FEBEMs²²⁶. Há uma dupla estigmatização. Em primeiro lugar, a de que o adolescente que comete ato infracional é incapaz de ser reabilitado e está fadado a se tornar um delinquente – percepção que revela a incapacidade do sistema penal atual, de caráter retributivo, em promover uma justiça restaurativa que permita ao jovem infrator responsabilizar-se por seus atos, reparar o dano e se reinserir socialmente. Em segundo lugar, a de que toda criança de maior idade ou adolescente institucionalizado é um delinquente em potencial, ainda que nunca tenha cometido um ato infracional e, efetivamente, seja vítima de situações concretas de violação de direitos.

Diante desses estigmas, adotar uma criança de maior idade ou um adolescente institucionalizado é gesto temerário. No imaginário coletivo, o adotante traz, voluntariamente, para o ambiente doméstico, a violência urbana que, a muito custo, sistema retributivo tenta conter nos espaços sociais de segregação. Situação agravada

²²⁶ MARIN, Isabel da Silva Kahn. **Febem, família e identidade: o lugar do outro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Escuta, 1999, p. 25.

pelo fato de que as crianças afrodescendentes são preteridas nos perfis de adoção, constituindo a maioria das que permanecem institucionalizadas durante anos, explicitando as estruturas de segregação racial, as quais, ainda presentes nos dias atuais, são herança do nosso passado escravagista²²⁷.

Historicamente, a rua e a institucionalização²²⁸ são os espaços destinados à criança e ao adolescente afrodescendente, vítima de abandono, abuso ou violação de direitos no Brasil, mormente se oriundo das favelas e periferias, excluído de qualquer atenção individualizado do poder público, proveniente de entidades familiares não tradicionais – como as monoparentais.

Todo esse quadro revela a necessidade de se construir uma nova cultura da adoção, cujo foco primordial seja a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente. Ela deriva da compreensão de que as crianças e os adolescentes disponíveis para adoção foram vítimas de abandono, de abuso e de violação de direitos, que culminaram com a desconstrução da parentalidade biológica. Incumbe aos adotantes, ao poder público, à coletividade, e também aos pais cujo poder familiar foi destituído agir em prol de restaurar as condições necessárias para que elas possam se desenvolver e alcançar a plenitude de suas capacidades humanas. Nesse sentido, compreender a construção da parentalidade afetiva no paradigma da justiça restaurativa permite agregar novos métodos e ferramentas, em vista da solução dos conflitos, do atendimento das necessidades e cura transformadora dos traumas.

²²⁷ QUEIROZ, Ana Cláudia Araújo; BRITO, Liana. *Adoção tardia: o desafio da garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. In: **Textos & Contextos**. Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 55 - 67, jan/jun 2013, p. 57.

²²⁸ CAMARGO, Mário Lázaro. *A adoção tardia no Brasil: desafios e perspectivas para o cuidado com crianças e adolescentes*. In: **Simpósio Internacional do Adolescente**. *Op. cit.*, s.p.

CONCLUSÃO

O direito civil, em suas raízes tradicionais, fundava-se em uma perspectiva patrimonialista. Em relação à parentalidade, as questões relacionadas à filiação eram sempre limitadas pela visão patriarcal e pela concepção religiosa de família tradicional. O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe novos princípios para o direito de família, as relações de parentalidade e a proteção jurídica da infância e da adolescência. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) assumiu a concepção de que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, e não meros objetos da tutela jurisdicional. Assim, consolidou os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, assegurando que eles, por possuírem a particular condição de pessoa em desenvolvimento, devem ser titulares de direitos especiais.

O vínculo de parentalidade é essencial para o pleno desenvolvimento do ser humano, para a formação da sua personalidade, para o reconhecimento de si e do outro. O processo de desconstrução desse vínculo – decorrente do abandono material e afetivo, do abuso físico, moral, psíquico e sexual, da violação dos direitos humanos mais fundamentais – é um evento traumático, que coloca crianças e adolescentes no limite de sua condição existencial.

Entender a parentalidade afetiva dentro dos princípios do modelo de justiça restaurativa envolve aceitar o conflito social presente no processo de desconstrução da parentalidade biológica, reconhecendo que a criança ou o adolescente precisa ser acolhido e ter suas necessidades básicas atendidas, de modo que a parentalidade construída sobre o vínculo da afetividade jurídica objetiva e do dever de cuidado seja restauradora do dano sofrido.

Incumbe aos adotantes, ao poder público, à coletividade, e também aos pais cujo poder familiar foi destituído agir em prol de restaurar as condições necessárias para que elas possam se desenvolver e alcançar a plenitude de suas capacidades humanas. Nesse sentido, compreender a construção da parentalidade afetiva no paradigma da justiça restaurativa permite agregar novos métodos e ferramentas, em vista da solução dos conflitos, do atendimento das necessidades e da cura transformadora dos traumas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993.
- AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Rio de Janeiro: Museu da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf>>. Acesso em 30.09.2019.
- BARROS, Sérgio Resende de. *A tutela constitucional do afeto*. In: **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 881-885. Disponível em <<<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/42.pdf>>>. Acesso em 10.10.2019.
- BELTRAME, Martha Silva. *Caminhos e personagens da adoção*. In: TRINDADE, Jorge (Org) **Direito da criança e do adolescente: uma abordagem multidisciplinar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005; **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 54, p. 219-242, out/2004 a abr/2005. Disponível em <<http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279044965.pdf>>. Acesso em 22.10.2019.
- BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. 2nd edition (Londres: 1823). Reprinted by: Buffalo: Prometheus Books, 1988.
- BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas, e práticas do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. 20^a Edição. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2014.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção*. In: MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2^a Edição. São Paulo: GEN Jurídico, 2017.
- CAMARGO, Mário Lázaro. *A adoção tardia no Brasil: desafios e perspectivas para o cuidado com crianças e adolescentes*. In: **Simpósio Internacional do Adolescente**, n. 2, 2005, São Paulo, Disponível em <<<http://www.proceedings.scielo.br/>>>.

scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000082005000200013&lng=en&nrm=abn>>. Acesso em 22.10.2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. *A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva)*. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 31, p. 143-152, ago/set 2005.

COIMBRA, José César. *A demanda nos processos de habilitação para adoção e a função dos dispositivos judiciais*. In: **Estudos e Pesquisas em Psicologia - UERJ**. Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, p. 67-78, ago/dez 2005. Disponível em << <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epp/v5n2/v5n2a08.pdf>>>. Acesso em 30.10.2019.

COPETTI NETO, Alfredo. *O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico*. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-421, julho/dezembro de 2013.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

CRUZ, Rafaela Alban. *Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal*. In: **Tribuna Virtual**. Ano 01. Edição nº 02. Março de 2013. ISSN nº 2317-1898. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/tribunavirtual/pdf/Edicao02_Rafaela.pdf>>. Acesso em 31.10.2019.

COUTO, Ronaldo Costa. **Juscelino Kubitschek**. Brasília: Edições Câmara (Câmara dos Deputados) / Edições Técnicas (Senado Federal), 2011.

DAVID, Fellipe Guerra Reis; BERLINI, Luciana Fernandes. *A autonomia do adotado no direito à identidade biológica e a conjugação de parentalidades*. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, vol. 14, p. 41-55, out/dez 2017. Disponível em << <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/165/160>>>. Acesso em 20.10.2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. Volume 5. 32ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antonia. *Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado*. In: **Revista Textos & Contextos**. Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 154-174, jan/jun 2007. Disponível em << <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1052/3238>>>. Acesso em 30.10.2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Volume 6. 16ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador, JusPodivm, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: teoría del derecho e de la democracia. 1. Teoría del derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- FREUD, Sigmund. *Introdução ao narcisismo*. In: FREUD, Sigmund. **Obras completas. Introdução ao narcisismo: ensaios de metapsicologia e outros textos (1914-1916)**. Tradução e notas de Paulo César Souza. Volume 12. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- _____. *Totem e tabu*. In: FREUD, Sigmund. **Obras completas. Totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914)**. Tradução e notas de Paulo César Souza. Volume 11. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. **A devolução de crianças e adolescentes adotivos sob a ótica psicanalítica: reedição de histórias de abandono**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Instituto de Psicologia/Universidade de São Paulo, 2008.
- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.
- GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva. *Direito à Convivência Familiar*. In: **Revista Serviço Social & Sociedade**. São Paulo: Cortez, n. 81, mar. 2005.
- HAMAD, Nazir. **Adoção e parentalidade: questões atuais**. Porto Alegre: CMC Editora, 2010.

- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília, 2004.
- JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. In: SLAKMON, C. et alli (orgs.). **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.
- JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de Filosofia**. 3ª edição (revista e ampliada). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- JORGE, Dilce Rizzo. *Histórico e aspectos legais da adoção no Brasil*. **Revista Brasileira de Enfermagem**, Rio de Janeiro, nº 28, p. 1 -22, 1975.
- LADVOCAT, Cynthia. **Mitos e segredos sobre a origem da criança na família adotiva**. Rio de Janeiro: Booklink/Terra dos Homens, 2002.
- LIBERATI, Wilson Donizeti; DIAS, Fábio Muller Dutra. **Trabalho infantil**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.
- LIRA, Wladimir Paes. *Responsabilidade civil nas relações familiares – o estado da arte no Brasil*. In: **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**, v. 6, n. 6, feb. 2016. ISSN 2184-1020. Disponível em: <<<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5352>>>. Acesso em 31.10. 2019.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*. In: BITTAR, Carlos Alberto (org). **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: **Revista Brasileira de Direito de Família – RBDFAM**, Porto Alegre: Síntese/IBDFam, n. 12, jan./mar. 2002.
- LOPES, Maria Estela Kubitschek. **Simples e princesa**. São Paulo: Arx, 2006.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da criança e do adolescente**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.
- MARIN, Isabel da Silva Kahn. **Febem, família e identidade: o lugar do outro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Escuta, 1999.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MILL, John Stuart **Utilitarismo**. Tradução de Margarida Moreira. Coleção Textos Fundamentais da Filosofia. Porto: Areal Editores, 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MORAIS, Fernando. **Chatô, Rei do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- NOGUEIRA, Jenny Magnani de Oliveira. *A instituição da família em A cidade antiga*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1ª edição. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PASSOS, Anderson Santos dos. *Família de ontem e de hoje: estudo sobre os aspectos constitucionais e civis do poliamor*. In: **Revista Letras Jurídicas**, Ano 52, dezembro 2014, pág. 50-62, ISSN 2178- 3322.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume 5. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PEREIRA, Juliana Maria Fernandes; COSTA, Liana Fortunato. *Os desafios na garantia do direito à convivência familiar*. **Revista brasileira crescimento e desenvolvimento humano**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 19-31, abr. 2005. Disponível em <<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822005000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 22.10.2019.

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª Edição. São Paulo: GEN Jurídico, 2012.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.
- QUEIROZ, Ana Cláudia Araújo; BRITO, Liana. *Adoção tardia: o desafio da garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. In: **Textos & Contextos**. Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 55 - 67, jan/jun 2013. Disponível em <<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/download/13161/9620>>>. Acesso em 30.10.2019.
- RIBEIRO, Marina. **Infertilidade e reprodução assistida**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito da família contemporânea**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ROSSATO, Luciano Alves *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.
- SILVA FILHO, Artur Marques. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SILVA, Márcia Regina da. **Adoção: desafios na construção da filiação e da parentalidade – uma reflexão psicanalítica**. Tese (Doutorado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em <<<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/15465>>>. Acesso em 30.10.2019.
- STEARNS, Peter N. **História das relações de gênero**. Tradução de Mirna Pinsky. São Paulo: Contexto, 2007.

- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense / São Paulo: Método, 2013.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado & RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004
- VARGAS, Marлизete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. 2ª edição. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2013.
- VOGEL, Arno. *Do Estado ao Estatuto: propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil contemporâneo*. In: RIZZINI, Irene & PILOTTI, Francisco (orgs.) In: **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 2ª edição revista. São Paulo: Cortez, 2009.
- WELTER, Pedro Belmiro. *Teoria tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva*. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões (RBDfamSuc)**. n. 8. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, fev./mar. 2009.
- WINNICOTT, Donald Woods. **Privação e delinquência**. Tradução de Álvaro Cabral. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *O direito nas sociedades primitivas*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa: teoria e prática**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- _____. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.